

Kündigungsschutz durch Gesamtarbeitsvertrag

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Christoph Hobler

von Zürich, Basel und Schupfart AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

1981

difo-druck · bamberg



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Kündigungsschutz durch Gesamtarbeitsvertrag

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Christoph Hohler

von Zürich, Basel und Schupfart AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

difo-druck · bamberg

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Mai 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Für Brigitte

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
Problemstellung.....	XI
1. Teil: Das Arbeitsverhältnis und seine Beendigung.....	1
A. Das Arbeitsverhältnis.....	1
1. Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis.....	1
2. Der Persönlichkeitsbezug des Arbeitsverhältnisses.....	1
B. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	2
1. Die Beendigungsgründe.....	2
a) Die Kündigung.....	2
b) Zeitablauf und Zweckerreichung.....	3
c) Aufhebungsvertrag.....	4
d) Tod des Arbeitnehmers.....	4
2. Insbesondere die Kündigung.....	5
a) Begriff und Rechtsnatur der Kündigung.....	5
b) Ordentliche und ausserordentliche Kündigung.....	6
aa) Die ordentliche Kündigung.....	8
bb) Die ausserordentliche Kündigung.....	10
c) Die Folgen der Kündigung.....	12
aa) Auswirkungen auf die Vertragsparteien.....	12
bb) Soziale Auswirkungen.....	14
d) Notwendigkeit eines Kündigungsschutzes.....	14
2. Teil: Gesetzliche Kündigungsbeschränkungen.....	17
A. Arten von Kündigungsbeschränkungen.....	17
1. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen.....	17
2. Sachliche Kündigungsbeschränkungen.....	17
3. Soziale Kündigungsbeschränkungen.....	18
B. Die Entwicklung des Kündigungsschutzes im schweizerischen Recht.....	18
1. Das Fabrikgesetz von 1914.....	18
2. Das Kündigungsschutzgesetz bei Militärdienst von 1949...	20
3. Die Entwürfe zu einem Arbeitsgesetz.....	21
4. Die Revision des Dienstvertragstitels des OR.....	22

C. Die geltende gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes....	25
1. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen.....	25
2. Sachliche Kündigungsbeschränkungen.....	27
a) Kündigung wegen Militärdienst.....	27
b) Rechtsmissbräuchliche Kündigung.....	28
D. Ungenügender gesetzlicher Kündigungsschutz.....	35
E. Bestrebungen für eine Fortentwicklung des gesetzlichen Kündigungsschutzes.....	36
3. Teil: Vertragliche Kündigungsbeschränkungen.....	40
A. Problemstellung.....	40
B. Arbeitsvertragliche Rechtsquellen.....	41
1. Allgemeines.....	41
2. Der Gesamtarbeitsvertrag.....	42
C. Zweiseitig zwingende Bestimmungen gemäss Art. 361 OR.....	45
1. Allgemeines.....	45
2. Keine absolute Unabänderlichkeit der zweiseitig zwin- genden Bestimmungen.....	46
D. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen durch Vertrag.....	49
1. Paritätische Erweiterung der zeitlichen Kündigungs- beschränkungen.....	50
2. Einseitige Erweiterung der zeitlichen Kündigungs- beschränkungen.....	54
a) Das Fristenparitätsgebot des Art. 336 Abs. 2 OR.....	55
b) Die zwingende Natur der Art. 336 e und f OR.....	58
aa) Einseitige Verlängerung gesetzlicher Sperrfristen....	58
bb) Einseitige Einführung weiterer zeitlicher Kündigungs- verbote.....	59
3. Zusammenfassung.....	60
E. Sachliche Kündigungsbeschränkungen durch Vertrag.....	61
1. Paritätische Erweiterung der sachlichen Kündigungs- beschränkungen.....	62
a) Die zwingende Natur von Art. 336 g OR.....	63
b) Die zwingende Natur von Art. 336 Abs. 1 OR.....	64
2. Einseitige Erweiterung der sachlichen Kündigungsbe- schränkungen.....	71
F. Ergebnis.....	74

4. Teil: Rechtstatsachen.....	76
A. Zweck der Erhebung.....	76
B. Untersuchungsgegenstand.....	76
1. Formen und Typen der Gesamtarbeitsverträge.....	76
2. Die Verbreitung der Gesamtarbeitsverträge.....	77
3. Beschränkung der Untersuchung auf die Landesverträge...	78
C. Untersuchungsmethode.....	78
D. Ergebnisse.....	79
1. Uebersicht.....	79
2. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen in Gesamtarbeits- verträgen.....	82
a) Verlängerung gesetzlicher Sperrfristen.....	82
b) Einführung weiterer zeitlicher Kündigungsverbote.....	83
3. Sachliche Kündigungsbeschränkungen in Gesamtarbeits- verträgen.....	84
4. Kündigungsbeschränkungen in allgemeinverbindlich er- klärten Gesamtarbeitsverträgen.....	85
E. Rechtliche Beurteilung der erfassten Kündigungsbeschränkungen	86
1. Rechtliche Beurteilung der zeitlichen Kündigungs- beschränkungen.....	86
a) Verlängerung gesetzlicher Sperrfristen.....	86
b) Einführung weiterer zeitlicher Kündigungsverbote.....	88
2. Rechtliche Beurteilung der sachlichen Kündigungsbe- schränkungen.....	89
5. Teil: Schlussfolgerungen für die Formulierung von Kündigungs- beschränkungen in Gesamtarbeitsverträgen.....	90
A. Vorbemerkungen.....	90
B. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen.....	90
1. Verlängerung gesetzlicher Sperrfristen.....	91
2. Einführung weiterer zeitlicher Kündigungsverbote.....	92
C. Sachliche Kündigungsbeschränkungen.....	92
1. Einzelne Kündigungsverbote.....	93
2. Beschränkung des Kündigungsrechts auf gewisse Gründe...	94
D. Schlussbemerkung.....	95
Zusammenfassung.....	97

Anhang I	: Materialien.....	98
Anhang II	: Zusammenstellung der erfassten Gesamtarbeitsverträge	99
Anhang III	: Zusammenstellung der vom Bundesrat für allgemein- verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge.....	103

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Düsseldorf 1962
- Arnold, Kurt Die missbräuchliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach französischem und schweizerischem Recht, Ein Vergleich, Diss. St. Gallen 1970
- Becker, Hans Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, Bern 1934/45
- Berenstein, Alexandre Les tendances actuelles de la législation suisse du travail, in: ZSR 1948, S. 247 - 263
- Billeter, André La résiliation abusive du contrat de travail, Diss. Neuenburg 1952
- Bleistein, Franzjosef Kündigung und Kündigungsschutz, Berlin 1970
- Brühwiler, Jürg Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1978
- Brunner, Andreas Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages nach schweizerischem im Vergleich zum deutschen Recht, Bern 1979
- Brunner, Christiane La protection contre les licenciements pour cause économique en Suisse, in: Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Genf 1979, S. 41 - 53
- von Büren, Bruno Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184 - 551), Zürich 1972
- Christen, Hardy Die Sicherung des Anstellungsverhältnisses nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1945
- Daxelhofer, Hans Untersuchungen zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 OR), Bern 1980
- Dietschi, Willi Das Kündigungsrecht des Arbeitgebers im französischen Recht und seine Einschränkungen, Bamberg 1973
- Egloff, Willi / Jäggi, Martin Probleme der gerichtlichen Durchsetzung des Kündigungsschutzes, in: Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Genf 1979, S. 123 - 137
- Fillietaz, Jean Wegweiser durch das neue Arbeitsvertragsrecht, 2.A., Bern 1978

- Gauch, Peter System der Beendigung von Dauerverträgen,
Diss. Freiburg 1968
- Gauch, Peter /
Schluep, Walter /
Jäggi, Peter Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner
Teil, Band I, Zürich 1978
- Geiser, Thomas Die Kündigung zur Unzeit, in: Kündigungsschutz
im Arbeitsrecht, Genf 1979, S. 55 - 68
- Goldschmidt, Robert Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht, in:
SJZ 1939/40, S. 165 - 172
- Grässli, Max Die ausserordentliche Kündigung des Dienstver-
trages, Rücktritt aus wichtigen Gründen, nach
schweizerischem Recht, Diss. Bern 1929
- Guhl, Theo /
Merz, Hans /
Kummer, Max Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.A.,
Zürich 1980
- Gysin, Arnold Der Entwurf zum neuen Arbeitsgesetz, in:
GR 1951, S. 105 - 136
- Hanau, Peter /
Adomeit, Klaus Arbeitsrecht, 4.A., Frankfurt 1976
- Herschsohn, Heinrich Die Kündigung im Schweizerischen Obligationen-
recht, Diss. Zürich 1925
- Hueck, Alfred Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 9.A.,
München 1974
- Hueck, Alfred /
Nipperdey, Hans Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7.A.,
Berlin / Frankfurt 1963
- Hug, Walther Das Kündigungsrecht nach schweizerischem und
unter Berücksichtigung des deutschen und öster-
reichischen Arbeitsrechts, 2 Bände, Diss. ZÜ-
rich 1926/27 (Kündigungsrecht I, II)
- Ders. Die Revision des Dienstvertragsrechts, in Ders.:
Beiträge zum Arbeitsrecht, Bern 1978, S. 184 -
209 (Revision)
- Ders. Die Kodifikation des Arbeitsrechts, in Ders.:
Beiträge zum Arbeitsrecht, Bern 1978, S. 100 -
128 (Kodifikation)
- IG Metall (Hrsg.) Protokoll der Kündigungsschutztagungen 1977 und
1978, Frankfurt 1978
- Konopka, Jan La protection de l'emploi dans les rapports
contractuels de travail, Diss. Genf 1978

- Küry, Ernst Was hat der Entwurf zu einem Arbeitsgesetz mit dem Obligationenrecht vor?, in: SJZ 1951, S. 305 - 307
- Molitor, Erich Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrages, 2.A., Mannheim 1951
- Müller, Peter Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages nach Art. 337 OR, Diss. Basel 1977
- Nikisch, Arthur Arbeitsrecht, 3.A., Band I, Tübingen 1961
- Orlando, Danilo Zur missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsvertrages, in: SJZ 1977, S. 197 - 205
- Oser, Hugo /
Schönenberger, Wilhelm Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 5, Das Obligationenrecht, 2.A., Zürich 1945
- Rehbinder, Manfred Schweizerisches Arbeitsrecht, 5.A., Bern 1979
- Schenk, Peter Der Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1973
- Schmid, Hans-Rudolf Der Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Entwicklung im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Basel 1952
- Schoop, René Die Entwicklung des Kündigungsschutzes im schweizerischen Recht, in: Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Genf 1979, S. 23 - 40
- Schweingruber, Edwin Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2.A., Zürich 1976
- Schweingruber, Edwin /
Bigler, Walter Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 2.A., Bern 1972
- Söllner, Alfred Arbeitsrecht, 5.A., Stuttgart 1976
- Spoendlin, Kaspar Zur Bedeutung des Kündigungsgrundes im Arbeitsvertrag, in: ZSR 1980, S. 141 - 157
- Stahlhacke, Eugen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3.A., München 1977
- Stofer, Hellmut Zum Problem der missbräuchlichen Kündigung im künftigen Arbeitsrecht, in: Wirtschaft und Recht 1952, S. 197 - 203
- Streiff, Ullin Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, 3.A., Glattbrugg / Zürich 1974
- von Thur, Andreas /
Escher, Arnold Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974

- von Thur, Andreas /
Peter, Hans Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obliga-
tionenrechts, Band I, Zürich 1974 / 79
- Tschudi, Hanspeter Neue Entwicklungen im schweizerischen Arbeits-
recht, in: SJZ 1947, S. 33 - 39 und S. 56 - 59
- Triponez, Pierre Ungleiche Kündigungsfristen und einseitige Kün-
digungsbeschränkungen, Untersuchungen zu Art.
336 Abs. 2 des schweizerischen Obligationen-
rechts, Diss. Bern 1975
- Vischer, Frank Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privat-
recht, Band VII, Basel / Stuttgart 1977,
S. 284 - 496
- Voegeli, Claude Le licenciement abusif, in: Kündigungsschutz
im Arbeitsrecht, Genf 1979, S. 93 - 121
- Yemin, Edward Le licenciement en droit comparé, in: Kündi-
gungsschutz im Arbeitsrecht, Genf 1979,
S. 11 - 22
- Zimmermann, Walter Die Aenderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht,
Diss. Basel 1978
- Zöllner, Wolfgang Arbeitsrecht, München 1977

Abkürzungsverzeichnis

A	Auflage
a.M.	anderer Meinung
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des BIGA
AS	Ämtliche Sammlung der Bundesgesetze und Ver- ordnungen
ASM	Arbeitgeberverband schweizerischer Maschinen- und Metall - Industrieller
BB	Bundesbeschluss
BB1.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossen- schaft
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts, Ämtliche Sammlung
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BIT	Bureau International du Travail
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Botschaft	Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Obliga- tionenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. Au- gust 1967
BRB	Bundesratsbeschluss
bzw.	beziehungsweise
CNG	Christlichnationaler Gewerkschaftsbund
ders.	derselbe
EAV	Einzelarbeitsvertrag
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GR	Gewerkschaftliche Rundschau
h.L.	herrschende Lehre
m.E.	meines Erachtens
N.	Note, Randnummer
NAV	Normalarbeitsvertrag
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Obligationenrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
SAZ	Schweizerische Arbeitgeber Zeitung
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund

SJZ	Schweizerische Juristen - Zeitung
SMUV	Schweizerischer Metall- und Uhrenarbeiter - Verband
SR	Ständerat
Sten. Bull.	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
Vernehmlassungen	Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vor- entwurf vom 30. September 1963, Bern 1966
VHTL	Verband der Arbeitnehmer in Handels-, Transport- und Lebensmittelbetrieben der Schweiz
VO	Verordnung
ZBJV	Zeitschrift des Berner Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Problemstellung

Die Verwertung der Arbeitskraft bedeutet für die meisten Erwerbstätigen die Sicherung ihrer materiellen Existenz und der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Ein Arbeitnehmer hat deshalb ein legitimes Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes, der seine wirtschaftliche und soziale Existenzgrundlage darstellt. Um den Bestand seines Arbeitsverhältnisses zu sichern, sind gesetzliche oder vertragliche Beschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers erforderlich. Ein solcher Kündigungsschutz garantiert zudem, dass der Arbeitnehmer seine gesetzlichen und vertraglichen Rechte aus dem Arbeitsvertrag auch tatsächlich in Anspruch nehmen kann.

Ausgangspunkt dieser Arbeit bildet die für den Arbeitnehmer ungenügende Regelung des Kündigungsschutzes im geltenden Arbeitsvertragsrecht. Die politische Konstellation lässt eine wirklich grundlegende Verbesserung auf gesetzgeberischem Wege in naher Zukunft als wenig wahrscheinlich erscheinen. Es stellt sich die Frage, ob nicht für den Arbeitnehmer Möglichkeiten bestehen, den Kündigungsschutz auf vertraglicher Basis zu verbessern. Während der Einzelarbeitsvertrag mangels starker Verhandlungsposition des einzelnen Arbeitnehmers kaum ein taugliches Instrument darstellen dürfte, sind kollektivvertragliche Kündigungsbeschränkungen denkbar. Stets wurden grosse Hoffnungen in den Ausbau und die Fortentwicklung des Arbeitsrechts über die Gesamtarbeitsverträge gesetzt.

Die folgende Untersuchung prüft die Zulässigkeit von Kündigungsbeschränkungen in Gesamtarbeitsverträgen. Ausgehend von einer Bestandesaufnahme der Kündigungsbeschränkungen in den geltenden Gesamtarbeitsverträgen sollen Möglichkeiten für einen wirksamen Ausbau des Kündigungsschutzes in künftigen Kollektivvereinbarungen aufgezeigt werden.

1. Teil : Das Arbeitsverhältnis und seine Beendigung

A. Das Arbeitsverhältnis

1. Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis

Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers gegen Entrichtung eines Lohnes (1). Die für das Arbeitsverhältnis typische Hauptleistung, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, hat während eines gewissen Zeitraumes, einer bestimmten oder unbestimmten Dauer, zu erfolgen. Das Arbeitsverhältnis erschöpft sich also nicht in einem einmaligen Leistungsaustausch, sondern äussert als Dauerschuldverhältnis konstante Wirkungskraft (2).

2. Der Persönlichkeitsbezug des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis gliedert den Arbeitnehmer zwecks Leistung entgeltlicher Arbeit in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers ein (3). Es entsteht eine persönliche, betriebliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Die persönliche Unselbständigkeit hat ihre Ursache in der Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung und der damit verbundenen Ein- und Unterordnung im Betrieb des Arbeitgebers (4). Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass der Lohn aus dem Arbeitsverhältnis in der Regel die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers bildet. Die Hauptpflichten der Arbeitsvertragsparteien sind vermögensrechtlicher Natur: Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers. Die Nebenpflichten wie die Treuepflicht des Arbeitnehmers sowie die Fürsorgepflicht (5) des Arbeitgebers

1 Legaldefinition in Art. 319 Abs. 1 OR.

2 Hug, Kündigungsrecht II, S. 4.

3 Rehbinder, S. 31.

4 Bei qualifizierten Fachleuten besteht oft keine starke persönliche Unterordnung. Entscheidend ist ihre organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers.

5 Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist z.B. die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit oder Unfall des Arbeitnehmers.

bewirken jedoch eine starke persönliche Bindung der Vertragsparteien und geben dem Arbeitsverhältnis einen personenrechtlichen Einschlag (1). Dennoch handelt es sich beim Arbeitsverhältnis nicht um ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis (2), sondern um ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis mit ausgeprägten Treuepflichten.

B. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten grundsätzlich die gleichen Regeln wie für die übrigen Dauerschuldverhältnisse. Regelmässige Beendigungsgründe bilden somit Zeitablauf oder rechtsgeschäftliches Handeln einer oder beider Vertragsparteien. Besonderheiten ergeben sich aus dem starken Persönlichkeitsbezug sowie aus der wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses.

1. Die Beendigungsgründe

a) Die Kündigung

Bei Arbeitsverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit (3) erfolgt die Auflösung grundsätzlich durch Kündigung (4). In der täglichen Praxis bildet die Kündigung den häufigsten und damit wichtigsten Beendigungsgrund und soll deshalb in einem folgenden Abschnitt eingehend dargestellt werden.

1 Reh binder, S. 32.

2 So ein Teil der deutschen Lehre. Vgl. Urs Nef, Gemeinschaftsverhältnis und Eingliederungstheorie, in : SJZ 1971, S. 238 - 242.

3 Die Vertragszeit ist dann bestimmt, wenn die Arbeitsleistung während einer festgesetzten Zeit oder bis zu einem festen Termin erfolgen soll oder wenn sich aus dem vereinbarten Zweck ein Endtermin ergibt (Hug, Kündigungsrecht II, S. 18).

4 Das Recht zur Kündigung von unbefristeten Schuldverhältnissen dient der Freiheit der Persönlichkeit. Es verhindert im weiteren die Aufhebung des freien Spiels der Vertragsautonomie durch Bindungen auf unbeschränkte Zeit. Ohne die Möglichkeit der Kündigung müsste häufig Art. 27 ZGB gegen zeitlich unbeschränkte vertragliche Verpflichtungen angerufen werden. Vgl. BGE 93 II 300.

b) Zeitablauf und Zweckerreichung

Wurde das Arbeitsverhältnis auf eine bestimmte Zeit oder bis zu einem bestimmten Termin eingegangen, so endet es mangels anderweitiger Abrede mit blossem Zeitablauf (1). Die Befristung kann sich auch auf ein bestimmtes Ereignis beziehen, wenn sich dessen Eintritt genau feststellen lässt. In gewissen Fällen ist die Vertragsdauer aufgrund der Art und des Zwecks der vereinbarten Arbeitsleistung bestimmbar (2).

Bei der vertraglichen Festsetzung einer bestimmten Dauer des Arbeitsverhältnisses sind die Parteien grundsätzlich frei. In zeitlicher Hinsicht haben sie zu beachten, dass ein auf länger als zehn Jahre eingegangenes Arbeitsverhältnis nach Ablauf von zehn Jahren vom Arbeitnehmer unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist jederzeit aufgelöst werden kann (3). Im weiteren muss für die Befristung des Arbeitsverhältnisses ein sachlich rechtfertigender Grund vorliegen. Dies gilt im besonderen, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer nacheinander mehrere befristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden (4). Mit diesem Vorgehen kann eine missbräuchliche und deshalb unzulässige Umgehung der dem Arbeitnehmer nach einer gewissen Vertragsdauer zustehenden Ansprüche beabsichtigt sein.

Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis von den Parteien nach Ablauf der vereinbarten Vertragszeit stillschweigend fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert (5). Nach einer solchen Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (6) gelangen für dessen Beendigung die Vorschriften über die ordentliche Kündigung zur Anwendung. Bei der Berechnung der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses ist

1 Art. 335 Abs. 1 OR.

2 Art. 335 Abs. 1 OR.

3 Langjähriges Arbeitsverhältnis gemäss Art. 336 d OR.

4 Sogenannte Kettenarbeitsverträge.

5 Art. 335 Abs. 2 OR.

6 Rehbinders, S. 93.

dabei die Dauer der befristeten Vertragszeit mitzuzählen (1). Im Unterschied zum auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis trägt das befristete Arbeitsverhältnis das Ende in sich selbst. Eine Kündigung ist nicht erforderlich. Die Parteien können jedoch vereinbaren, dass auch der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf bestimmte Dauer eine Kündigung voranzugehen hat. Wird diese unterlassen, stellt das Gesetz wiederum die Vermutung einer Verlängerung auf unbestimmte Zeit auf.

c) Aufhebungsvertrag

In gegenseitigem Einverständnis können die Vertragsparteien jederzeit eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Sowohl das befristete als auch das auf unbestimmte Zeit eingegangene Arbeitsverhältnis können durch Übereinstimmende Willensäußerungen der Kontrahenten zu einem beliebigen Zeitpunkt mit sofortiger Wirkung oder unter Vereinbarung einer Frist aufgelöst werden. Sieht der Arbeitsvertrag nichts anderes vor, kann der Aufhebungsvertrag formfrei abgeschlossen werden (2).

d) Tod des Arbeitnehmers

Mit dem Tod des Arbeitnehmers erlischt das Arbeitsverhältnis (3). Dies ist eine Folge der persönlichen Leistungspflicht des Arbeitnehmers (4).

Der Tod des Arbeitgebers bildet in der Regel keinen Beendigungsgrund. Die Person des Arbeitgebers ist meist für den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht ausschlaggebend. Durch Universalsukzession gehen mit dem Tode des Arbeitgebers die Rechte und Pflichten aus dem

1 Dies ist beispielsweise für die Berechnung der Kündigungsfristen, der Lohnfortzahlungsdauer bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung sowie der Abgangsentschädigung von Bedeutung.

2 Dies ergibt sich aus Art. 115 OR.

3 Art. 338 Abs. 1 OR.

4 Botschaft, BBl. 1967 II 392.

Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen auf dessen Erben über (1). Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses abzulehnen und den Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen aufzulösen (2). In Ausnahmefällen kann das Arbeitsverhältnis wesentlich mit Rücksicht auf die Person des Arbeitgebers eingegangen worden sein. Es ist an Dienstleistungen zu denken, die der Arbeitnehmer unmittelbar gegenüber der Person des Arbeitgebers zu erbringen hat. In solchen Fällen beendet auch der Tod des Arbeitgebers von Gesetzes wegen das Arbeitsverhältnis, wobei dem Arbeitnehmer ein Schadenersatzanspruch für die vorzeitige Beendigung zusteht (3).

2. Inbesondere die Kündigung

a) Begriff und Rechtsnatur der Kündigung

Der allgemeine Teil des OR kennt keine generelle, für alle Dauerverträge gültige Kündigungsordnung (4). Die Regelung der Kündigung der im OR geordneten Dauerschuldverhältnisse (5) ist deshalb bei den speziellen Bestimmungen über die einzelnen Vertragsarten zu suchen. Das Arbeitsvertragsrecht verwendet den Begriff der Kündigung in den Art. 334 ff. OR, ohne diesen näher zu definieren. Für die Beschreibung dieses Begriffes ist deshalb von den allgemeinen, durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen auszugehen.

Die Kündigung ist die Erklärung einer Partei, das Vertragsverhältnis beenden zu wollen. Das Kündigungsrecht wird durch einsei-

1 Art. 560 ZGB, Art. 338 a Abs. 1 OR.

2 Art. 338 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 333 OR.

3 Art. 338 a Abs. 2 OR.

4 Gauch, S. 37.

5 Die im OR geregelten Dauerverträge lassen sich in vier Gruppen unterteilen: Verträge auf Gebrauchsüberlassung (Miete, Pacht, Gebrauchsleihe und Darlehen), Arbeitsleistungsverträge (Arbeits-, Agentur- und Hinterlegungsvertrag), Leibrenten- und Verpfändungsvertrag, Einfache Gesellschaft. Näheres bei Gauch, S. 9 ff.

tige, empfangsbedürftige (1) Willenserklärung ausgeübt (2). Diese Willenserklärung muss in erkennbarer Weise zum Ausdruck bringen, dass ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Vertragsverhältnis für die Zukunft von einem bestimmten Zeitpunkt an aufgehoben wird. Als Gestaltungsrecht (3) führt die Kündigung ohne Mitwirkung des Vertragspartners unmittelbar eine neue Rechtslage herbei. Die Gegenpartei braucht die Kündigung weder anzunehmen, noch kann sie diese ablehnen. Die Kündigung wird mit dem Zugang beim Empfänger wirksam (4) und kann von diesem Zeitpunkt an von der kündigenden Partei nicht mehr widerrufen oder zurückgezogen werden. Eine Bedingung kann mit der Kündigung nur verknüpft werden, wenn deren Eintritt oder Erfüllung ausschliesslich vom Willen des Adressaten abhängig ist.

b) Ordentliche und ausserordentliche Kündigung

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung unterscheidet man zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Kündigung. Die ordentliche Kündigung kann grundsätzlich als voraussetzungslos, die ausserordentliche Kündigung als abhängig von einem wichtigen Grund bezeichnet werden. Für beide Kündigungsarten ist von Gesetzes wegen keine bestimmte Erklärungsform vorgeschrieben. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist somit formlos gültig, sofern keine anderslautende vertragliche Regelung getroffen wurde. Sowohl die ordentliche als auch die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses sind ohne Grundangabe wirksam (5). Denn die Angabe eines Kündigungsgrundes gehört nach vorherrschender Ansicht nicht zum notwendigen Inhalt einer

-
- 1 Empfangsbedürftig sind Willenserklärungen, die wegen ihres Inhaltes nur wirksam sind, wenn sie gegenüber einer bestimmten Person abgegeben werden (Gauch / Schluep / Jäggi, Nr. 123).
 - 2 Schweingruber, N. 2 zu Art. 336 OR; Von Tuhr / Escher, S. 167.
 - 3 Unter einem Gestaltungsrecht versteht man die auf besonderer Rechtslage beruhende Befugnis einer Person, durch seinen alleinigen Willen eine Rechtsänderung herbeizuführen (Von Tuhr / Peter, S. 23).
 - 4 Der Zugang besteht darin, dass die Kündigungserklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt.
 - 5 Schweingruber, N. 3 h zu Art. 336 OR; Rehbinder, S. 96.

Kündigungserklärung (1). Von verschiedenen Autoren wird indessen eine Begründungspflicht gefordert. Eine Vertragsauflösung unter Verschweigen des Kündigungsgrundes verletzt nach Schweingruber die Menschenwürde des Betroffenen (2). Rehbindler leitet aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Verpflichtung ab, dem Arbeitnehmer auf Verlangen den Kündigungsgrund mitzuteilen, soweit für diesen die Kenntnis des Grundes von Bedeutung ist (3). Die Begründung der ausserordentlichen Kündigung als Erfordernis für deren Wirksamkeit postuliert Brunner aufgrund der Treue- und Fürsorgepflichten der Arbeitsvertragsparteien (4). Auf die Begründungspflicht als wichtiges Postulat im Zusammenhang mit einem wirkungsvollen Ausbau des Kündigungsschutzes ist noch zurückzukommen. Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass ein fehlender Begründungszwang nicht bedeutet, dass die ordentliche Kündigung durch jeden beliebigen Grund gerechtfertigt ist und willkürlich im eigentlichen Sinn des Wortes ausgesprochen werden darf. Eine Pflicht zur Begründung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses kann sich aufgrund der heutigen Rechtsordnung gegenüber der Arbeitslosenversicherungskasse ergeben. Wenn der Arbeitnehmer nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses Taggelder beansprucht, hat die Kasse zu prüfen, ob nicht eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit des Ansprechers vorliegt. Denn in einem solchen Fall würde der versicherte Arbeitnehmer in der Anspruchsberechtigung eingestellt (5). Als selbstverschuldet gilt die Arbeitslosigkeit dann, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (6). Aus diesem Grunde hat der Arbeitgeber eine Bescheinigung auszustellen, welche über den

-
- 1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht es selbst bei einer ausserordentlichen Kündigung im Belieben des Kündigenden, ob er den Kündigungsgrund vor einem drohenden Prozess bekanntgeben wolle (BGE 92 II 185).
 - 2 Schweingruber, N. 3 h zu Art. 336 OR.
 - 3 Rehbindler, S. 96.
 - 4 Brunner, S. 67, mit Hinweisen auf deutsche Lehrmeinungen.
 - 5 Art. 29 lit. a des BG über die Arbeitslosenversicherung vom 22. Juni 1951 (AS 1951, 1163).
 - 6 Art. 44 lit. a der VO über die Arbeitslosenversicherung vom 14. März 1977 (AS 1977, 498).

Grund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses Auskunft zu geben hat (1). Im weiteren führt die Arbeitslosenversicherung zu einem bemerkenswerten Einbruch in das freie Kündigungsrecht des Arbeitnehmers (2).

aa) Die ordentliche Kündigung

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht beruht auf dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Das aus der liberalen Epoche hervorgegangene freie Kündigungsrecht der am Arbeitsverhältnis Beteiligten gilt noch heute (3). Grundsätzlich haben deshalb Arbeitnehmer wie Arbeitgeber das Recht, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis jederzeit durch ordentliche Kündigung einseitig aufzulösen (4). Zu beachten sind dabei jedoch die gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen und Kündigungstermine, die Kündigungsbeschränkungen sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze (5).

Unter der Kündigungsfrist ist der minimale Zeitraum zu verstehen, der zwischen dem Zugang der Kündigung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen muss (6). Der Kündigungstermin bestimmt den Zeitpunkt, auf den das Ende einer Kündigungsfrist zu fallen hat (7). Im unterjährigen Arbeitsverhältnis dauert die gesetzliche Kündigungsfrist einen Monat; durch EAV, NAV oder GAV kann sie verlängert, verkürzt oder ganz wegbedungen werden (8). Im überjährigen Arbeitsverhältnis beträgt die Kündigungsfrist bis einschliesslich des neunten Dienst-

1 Art. 22 Abs. 1 der in vorstehender Fussnote zitierten VO.

2 Der Arbeitnehmer wird auch in der Anspruchsberechtigung eingestellt, wenn er ein Arbeitsverhältnis von voraussichtlich längerer Dauer von sich aus aufgelöst hat und ein anderes eingegangen ist, von dem er wissen musste, dass es nur kurzfristig sein werde (Art. 44 lit. c der in Fussnote 6 zitierten VO).

3 Brunner, S. 19.

4 Art. 336 Abs. 1 OR. Vgl. Brühwiler, Vorbemerkung V zu Art. 336 OR; Rehbinder, S. 96; Spoendlin, S. 141.

5 Unten 2. Teil C2b.

6 Hueck / Nipperdey, S. 564.

7 Brunner, S. 19.

8 Art. 336 a Abs. 1 OR.

jahres zwei Monate, von diesem Zeitpunkt an drei Monate (1). Durch schriftliche Vereinbarung sind abweichende Regelungen möglich, wobei eine zwingend vorgeschriebene Mindestkündigungsfrist von einem Monat zu beachten ist (2). Für den Arbeitnehmer und den Arbeitgeber dürfen im weiteren keine verschiedenen langen Kündigungsfristen aufgestellt werden. Bei widersprechender Abrede gilt für beide Kontrahenten die längere Frist (3). Der Kündigungstermin wird im OR durch dispositive Regelung einheitlich auf das Ende eines Kalendermonats festgelegt (4).

Eine Kündigung, die den gesetzlichen oder vertraglichen Erfordernissen in bezug auf Kündigungsfristen und Kündigungstermine nicht entspricht, ist grundsätzlich unwirksam (5). Mittels Umdeutung kann die Kündigungserklärung jedoch regelmässig in eine Offerte zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages umgedeutet werden (6). Ausserdem wird der ungültigen Kündigung zumeist eine erkennbare Willensäusserung auf rascheste Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugrunde liegen. Die Kündigungserklärung kann in diesen Fällen ihre Wirkung als gültige Kündigung auf den nächstmöglichen Termin entfalten (7).

Kündigungsfristen und Kündigungstermine bewirken bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen minimalen Schutz. Je unerwarteter die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Vertragspartner erfolgt, desto nachteiliger wirkt sich die Beendigung aus. Die Befristung der Kündigung bezweckt, dem Kündigungsempfänger einige Zeit vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Gewissheit über dessen Bestand zu verschaffen (8). Die Parteien sollen sich auf die neue Situation

1 Art. 336 b Abs. 1 OR.

2 Art. 336 b Abs. 2 OR.

3 Art. 336 Abs. 2 OR.

4 Art. 336 a Abs. 1 OR; Art. 336 b Abs. 1 OR.

5 Oser / Schönenberger, N. 14 zu Art. 347 alt OR.

6 Oser / Schönenberger, N. 16 zu Art. 347 alt OR; Hug, Kündigungsrecht II, S. 65.

7 Brühwiler, Vorbemerkung III zu Art. 336 OR; Rehbinder, S. 97; Schweingruber, N. 3 f zu Art. 336 OR.

8 Hug, Kündigungsrecht II, S. 86.

einstellen können: Der Arbeitnehmer durch Suche einer anderen Arbeitsstelle, der Arbeitgeber durch Anstellung eines Ersatzes für den ihn verlassenden Arbeitnehmer. Die Kündigungsfristen vermögen somit das Ende des Arbeitsverhältnisses hinauszuzögern und die nachteiligen Auswirkungen zu mindern (1), die Kündigungsfreiheit als solche beeinträchtigen sie indessen nicht. Kündigungsfristen und Kündigungstermine bewirken deshalb keinen Schutz gegen Kündigungen.

bb) Die ausserordentliche Kündigung

Aus wichtigen Gründen kann das Arbeitsverhältnis durch ausserordentliche Kündigung jederzeit fristlos aufgelöst werden (2). Dies trifft für das befristete und das auf unbestimmte Zeit eingegangene Arbeitsverhältnis zu. Auf verabredete Vertragsdauer, Kündigungsfristen und Kündigungstermine braucht keine Rücksicht genommen zu werden (3). Die Möglichkeit eines so gravierenden Eingriffes in den Arbeitsvertrag ist dadurch begründet, dass sich das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in persönlicher oder sachlicher Hinsicht derart entwickeln kann, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses einer Vertragspartei nicht mehr zugemutet werden darf.

Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung ist die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses kein freies Gestaltungsrecht, sondern an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Wesentliche und notwendige Voraussetzung für die Gültigkeit einer ausserordentlichen Kündigung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Als solcher gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (4). In der Regel begründen schwerwiegende Vertragsverletzungen der Gegenpartei einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung (5).

-
- 1 Insbesondere erleichtern sie in vielen Fällen die Eingliederung in einen anderen Arbeitsprozess ohne Unterbruch.
 - 2 Art. 337 Abs. 1 OR.
 - 3 Rehbinder, S. 102.
 - 4 Art. 337 Abs. 2 OR. Die gesetzliche Generalklausel verweist ausserdem auf das richterliche Ermessen, somit auf Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB).
 - 5 Rehbinder, S. 103.

Kein wichtiger Grund ist die unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers (1). Die wichtigen Gründe müssen im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bereits bestehen (2). Die Beweislast für alle Tatsachen und Umstände, welche die ausserordentliche Kündigung rechtfertigen sollen, trägt im Streitfalle die kündigende Partei.

Für die Regelung der vermögensrechtlichen Folgen einer ausserordentlichen Kündigung unterscheidet das Gesetz zwischen gerechtfertigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie ungerechtfertigter Entlassung und ungerechtfertigtem Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle (3). Erscheint die fristlose Vertragsauflösung durch eine schuldhaftige Vertragsverletzung einer Partei begründet, so hat diese dem Kündigenden vollen Schadenersatz zu leisten (4). Hat keine der Vertragsparteien oder haben beide die Auflösung des Arbeitsverhältnisses verschuldet, so bestimmt der Richter die vermögensrechtlichen Folgen nach seinem Ermessen (5). Bei ungerechtfertigter Entlassung behält der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch bis zu dem Zeitpunkt, an dem das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäss beendet worden wäre (6). Er muss sich aber Ersparnisse und anderweitig erworbenen oder absichtlich unterlassenen Verdienst anrechnen lassen (7). Diese Lohnforderungen des ohne wichtigen Grund fristlos entlassenen Arbeitnehmers werden nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung sofort fällig (8). Tritt der Arbeitneh-

1 Art. 337 Abs. 3 OR.

2 Gemäss Lehre und Praxis können Kündigungsgründe, die im Zeitpunkt der Kündigungserklärung wohl bestanden, dem Kündigenden aber noch nicht bekannt waren, oder vom Kündigenden nicht zur Begründung verwendet wurden, nachgeschoben werden, d.h. nachträglich zur Rechtfertigung herangezogen werden (BGE 92 II 184; Brunner, S. 104).

3 Art. 337 b bis d OR.

4 Art. 337 b Abs. 1 OR.

5 Art. 337 b Abs. 2 OR.

6 Art. 337 c Abs. 1 OR.

7 Art. 337 c Abs. 2 OR.

8 BGE 103 II 274. Diese Auffassung wird von Rehbinder u.a. mit der Begründung kritisiert, dass die Anrechnungspflicht anderweitigen Verdienstes zum vorneherein meist nicht abschätzbar sei (Rehbinder, S. 106).

mer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht an oder verlässt er sie fristlos, so hat der Arbeitgeber ohne besonderen Schadensnachweis einen gesetzlichen Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Monatslohnes entspricht (1). Beweist er das Vorliegen eines grösseren Schadens, muss auch dieser vom Arbeitnehmer ersetzt werden. Verrechnet der Arbeitgeber seinen Entschädigungsanspruch nicht mit ausstehenden Lohnforderungen, hat er diesen innert einer dreissigtägigen Verwirkungsfrist durch Klage oder Betreibung geltend zu machen (2).

c) Die Folgen der Kündigung

aa) Auswirkungen auf die Vertragsparteien

In unserer Gesellschaft spielt die Arbeit für das Leben jedes Einzelnen eine zentrale Rolle. Das Arbeitsverhältnis bildet in der Regel die Existenzgrundlage für den Arbeitnehmer. Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses kann für ihn mit bedeutsamen vermögensrechtlichen und persönlichen Folgen verbunden sein. Nach einer Entlassung ist der Arbeitnehmer gezwungen, so bald als möglich eine neue Arbeitsstelle zu finden. Seine Chancen und Aussichten sind dabei von den herrschenden wirtschaftlichen Verhältnissen, insbesondere der Lage des Arbeitsmarktes, abhängig. In Zeiten der Rezession mit starker Arbeitslosigkeit kann die Aufrechterhaltung der Arbeitsstelle zur Existenzfrage werden. Auch bei sofortigem Antritt einer neuen Arbeitsstelle kann es zu grossen finanziellen Nachteilen kommen: Lohneinbussen, geringere Sozialleistungen, höhere Miet- und Lebenskosten nach einem Wohnortwechsel. Ausserdem stehen soziale Verankerung, gesellschaftliches Prestige und Freizeitverhalten in einer mehr oder weniger direkten Wechselbeziehung zur beruflichen Situation. Alle diese Faktoren erfahren bei einem Arbeitsstellenwechsel Veränderungen. Arbeit und Arbeitsplatz sind für den Arbeitnehmer aber nicht nur die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz, sondern zugleich Voraussetzungen für mehr Selbstentfaltung und

1 Art. 337 d Abs. 1 OR.

2 Art. 337 d Abs. 3 OR.

Selbstverwirklichung in Beruf und Gesellschaft. Durch eine Entlassung wird die emotionelle Bindung des Arbeitnehmers an den Arbeitsplatz, das Zugehörigkeitsgefühl zum Betrieb zerstört.

Aufgrund dieser möglichen und drohenden Auswirkungen ist das Kündigungsrecht des Arbeitgebers geeignet, einen unzulässigen Druck auf den Arbeitnehmer auszuüben. Besonders in Zeiten des Arbeitskräfteüberschusses droht dem Arbeitnehmer der Verlust seiner Arbeitsstelle, wenn er auf der Durchsetzung streitiger Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber beharrt. Die Inanspruchnahme der gesetzlichen und vertraglichen Rechte aus dem Arbeitsvertrag ist durch das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers somit in Frage gestellt. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber harte wirtschaftliche, soziale und persönliche Auswirkungen für den Arbeitnehmer zur Folge haben kann.

Auch dem Arbeitgeber kann der Austritt eines Arbeitnehmers finanzielle Einbussen verursachen. Während der Einarbeitungszeit des neuen Stelleninhabers wird die Leistungsfähigkeit des Betriebes oft vermindert. Dies gilt besonders dann, wenn der Arbeitgeber einen gesuchten Spezialisten verliert. Im weiteren besteht das Risiko, keinen vollwertigen Ersatz für den Austretenden zu finden. Allgemein gilt: Je grösser der Betrieb, umso geringer sind die Auswirkungen der Kündigung eines einzelnen Arbeitnehmers. Für den Inhaber eines kleineren Geschäftsbetriebes mag die Kündigung eines qualifizierten Arbeitnehmers in Zeiten der Vollbeschäftigung mit bedeutenden finanziellen Folgen verbunden sein. In ihrer Existenz sind indessen auch Kleingewerbetreibende durch austretende Arbeitnehmer nicht bedroht, sondern allenfalls durch Konkurrenten, Lieferanten und Kunden. Im Verhältnis zum einzelnen Arbeitnehmer hat selbst in diesen Betrieben der Arbeitgeber eine stärkere Stellung. Die Kündigung eines Arbeitnehmers gefährdet somit die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers nicht.

bb) Soziale Auswirkungen

Von gesellschaftlicher Bedeutung wird die Entlassung eines Arbeitnehmers besonders dann, wenn er sich keine neue Arbeitsstelle verschaffen kann. Neben den Taggeldern der Arbeitslosenkassen werden meist staatliche Ergänzungsleistungen notwendig. Schwerer als die unmittelbaren finanziellen Aufwendungen des Gemeinwesens wiegen die unzulänglichen und nachteiligen Auswirkungen der unproduktiven Arbeitslosenfürsorge (1). Die Entlassung von Arbeitnehmern kann zu Störungen des sozialen Friedens führen. Gleichzeitige Kündigungen mehrerer Arbeitnehmer sind geeignet, durch die Verminderung der Leistungsfähigkeit von Betrieben volkswirtschaftliche Nachteile zu bewirken.

d) Notwendigkeit eines Kündigungsschutzes

Das besondere Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung seines Arbeitsplatzes verlangt eine Beschränkung des freien Kündigungsrechts des Arbeitgebers. Nur ein wirksamer Kündigungsschutz garantiert, dass der Arbeitnehmer seine gesetzlichen und vertraglichen Rechte auch tatsächlich in Anspruch nehmen kann. Ein effektiver Bestandesschutz (2) zur Sicherung der Dauerhaftigkeit und Kontinuität der Arbeitsverhältnisse liegt auch im Interesse der Allgemeinheit. In sozialökonomischer Hinsicht ist die Beschäftigung ein Mittel, um das allgemeine Wohl und die Aufrechterhaltung des sozialen Friedens zu sichern. Bei der Normierung des Kündigungsschutzes ist dem Arbeitgeber der notwendige Freiraum für seine Dispositionen zu belassen. Für eine Beschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers besteht indessen kein Grund. Der Arbeitgeber kann sich durch diverse Vorkehren genügend ge-

1 Edwin Schweingruber, Sozialgesetzgebung der Schweiz, 2. A., Zürich 1977, S. 181.

2 Kernstück des Bestandesschutzes ist der Kündigungsschutz. Der Bestandesschutz greift indessen über diesen hinaus. So wirkt er sich auch gegenüber unzulässigen Befristungen (unbegründete Kettenarbeitsverträge) aus und liegt auch der gesetzlichen Einschränkung der Ungültigkeit des Arbeitsvertrages zugrunde (vgl. Art. 320 Abs. 3 OR). Näheres bei Zöllner, S. 164.

gen schwerwiegende Folgen eines kurzfristigen Austrittes eines Mitarbeiters schützen. Neben der Vereinbarung langer Kündigungsfristen, gesichert durch Vertragsstrafevereinbarungen, kann er vor allem mit einem Konkurrenzverbot (1) seine finanziellen Interessen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus sichern.

Beim Kündigungsschutz im hier verstandenen Sinn handelt es sich deshalb um einen Begriff des Arbeitnehmerschutzrechtes: Schutz des Arbeitnehmers vor ungerechtfertigten Kündigungen durch Beschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers. Dabei wird nicht verkannt, dass ein Ausbau des im folgenden Teil beschriebenen traditionellen Kündigungsschutzes für sich allein das eigentliche Problem der Sicherung des Arbeitsplatzes nicht zu lösen vermag. Denn dieser Kündigungsschutz läuft meist auf eine finanzielle Abfindung bei ungerechtfertigter Entlassung hinaus (2). Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Erhaltung seines Arbeitsplatzes kann nur durch zusätzliche Massnahmen garantiert werden. Im Bereiche des Kündigungsschutzes wäre die Normierung eines Weiterbeschäftigungsanspruches nach Anfechtung einer ungerechtfertigten Kündigung oder die Einführung einer Gestaltungsklage des Arbeitgebers zur Durchsetzung einer angefochtenen Entlassung zu diskutieren. Einen Schutz vor Arbeitslosigkeit kann die Beschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers indessen nicht herbeiführen.

Abzugrenzen ist der Kündigungsschutz schliesslich vom vielerorts postulierten Recht auf Arbeit. Der Kündigungsschutz will den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses sichern. Demgegenüber soll das Recht auf Arbeit als soziales Grundrecht den Anspruch jedes Einzelnen gegenüber dem Staat auf Beschaffung und Bewahrung eines Arbeitsplatzes sicherstellen. Die Aufnahme eines solchen verfassungsmässigen Rechtes auf

1 Ein Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

2 Rehbinden, S. 73.

Arbeit ist in Staaten mit marktwirtschaftlichem System ohne grundlegende Aenderung der Wirtschaftsordnung nicht möglich (1).

1 Näheres bei Rehbinder, S. 73.

2. Teil: Gesetzliche Kündigungsbeschränkungen

A. Arten von Kündigungsbeschränkungen

Ein effektiver Kündigungsschutz muss sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht gewährleistet sein. Es wird demzufolge zwischen zeitlichen und sachlichen Kündigungsbeschränkungen unterschieden (1). Eine dritte Gruppe enthält soziale Kündigungsbeschränkungen.

1. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen

Die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen verbieten eine Kündigung während bestimmten Zeitabschnitten. Innerhalb dieser Sperrfristen ist der Arbeitnehmer, allenfalls auch beide Vertragsparteien, gegen Kündigungen geschützt. Mit den zeitlichen Kündigungsbeschränkungen wird verhindert, dass die Kündigung zu einer Zeit erklärt oder wirksam wird, die für den Gekündigten besonders ungünstig wäre. Beispiele:

Art. 336 e OR (Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber),

Art. 336 f OR (Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitnehmer).

2. Sachliche Kündigungsbeschränkungen

Durch sachliche Kündigungsbeschränkungen werden bestimmte Kündigungsgründe ausgeschlossen oder das Kündigungsrecht generell auf bestimmte Gründe beschränkt. Entscheidend für die Zulässigkeit der Kündigung sind die ihr zugrunde liegenden Beweggründe und Motive. Sachliche Kündigungsbeschränkungen bewirken eine grundsätzliche Einschränkung der Kündigungsfreiheit. Beispiele: Art. 336 g OR (Kündigung wegen Militärdienst) sowie das allgemeine, aus Art. 2 Abs. 2 ZGB hergeleitete Verbot rechtsmissbräuchlicher Kündigungen.

1 Eine scharfe Unterscheidung zwischen zeitlichen und sachlichen Kündigungsbeschränkungen ist nicht in jedem Fall möglich. Denn auch die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen enthalten ein sachliches Element, indem die Sperrfristen durch das Vorliegen bestimmter Tatumstände bedingt sind.

3. Soziale Kündigungsbeschränkungen

Bei den sozialen Kündigungsbeschränkungen sind nicht Zeitpunkt oder Beweggründe, sondern die Auswirkungen der Kündigung von Bedeutung. Die Rechtmässigkeit der Kündigung hängt somit von den sozialen Folgen ab, die sie für den Kündigungsempfänger bewirkt. Die schweizerische Rechtsordnung kennt keinen sozialen Kündigungsschutz (1).

B. Die Entwicklung des Kündigungsschutzes im schweizerischen Recht

1. Das Fabrikgesetz von 1914

Weder das Fabrikgesetz von 1887 (2) noch das OR von 1881 (3) kannten Kündigungsbeschränkungen. Diese Kodifikationen gehörten der Epoche des Liberalismus an, die ihren Höhepunkt um 1870 erreichte. Das freie Kündigungsrecht galt zu jener Zeit als ein Axiom, das niemand anzugreifen wagte (4). Das bis 1971 in Kraft stehende OR von 1911 (5) stellte unter dem Randtitel "Kündigung und gesetzliche Fristen" je nach Arbeitnehmerkategorie verschieden lange Kündigungsfristen auf und legte für das überjährige Arbeitsverhältnis zwingende Mindestkündigungsfristen fest. Kündigungsbeschränkungen waren in diesem Gesetz nicht enthalten (6).

-
- 1 Die Regelung des deutschen Kündigungsschutzgesetzes vom 25. August 1969 verbindet Elemente des sachlichen und des sozialen Kündigungsschutzes. Ein Kündigungsrecht des Arbeitgebers besteht nur insoweit, als es durch soziale Gesichtspunkte gerechtfertigt ist.
 - 2 BG betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 (AS Band III, 241).
 - 3 BG über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 (AS Band V, 635).
 - 4 Hug, Kündigungsrecht II, S. 234.
 - 5 OR vom 30. März 1911 (AS 1911, 317).
 - 6 Hug begründete die Tatsache, dass wohl im Fabrikgesetz von 1914, nicht aber im OR von 1911 Kündigungsbeschränkungen existierten, damit, dass sich die Arbeitnehmervertreter ganz auf die Revision des Fabrikgesetzes konzentriert hätten (Hug, Kündigungsrecht II, S. 238).

Die ersten Kündigungsbeschränkungen der schweizerischen Rechtsordnung finden sich im revidierten Fabrikgesetz vom 18. Juni 1914 (1). Angesichts der politischen Entwicklungen um die Jahrhundertwende vermag dies nicht zu überraschen. Denn während den letzten zwei Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts begann sich auch in der Schweiz eine Arbeiterbewegung zu organisieren. Die Inhaber der expandierenden Industriebetriebe reagierten oft mit Massregelungen der organisierten Arbeitnehmer. Bei missliebiger politischer oder gewerkschaftlicher Betätigung wurde dem Arbeitnehmer mit der Entlassung gedroht. So wurde in dieser Zeit der Gedanke eines Entlassungsschutzes zum Postulat erhoben (2). Gefordert wurde ein Schutz des Arbeitnehmers gegen Entlassungen wegen Ausübung der verfassungsmässig garantierten Koalitionsfreiheit oder wegen Erfüllung der Wehrpflicht (3). Nach langjährigen Revisionsarbeiten und zähen parlamentarischen Beratungen fanden im Fabrikgesetz vom 18. Juni 1914 schliesslich die folgenden Kündigungsbeschränkungen ihren Niederschlag: Das Dienstverhältnis kann vom Fabrikhaber während den ersten vier Wochen einer durch unverschuldete Krankheit oder unverschuldeten Unfall verursachten Erwerbsunfähigkeit sowie wegen Militärdienst nicht gekündigt werden (4). Schwangeren Arbeitnehmerinnen darf wegen Fernbleibens von der Arbeit nicht gekündigt werden (5). Diese Vorschriften mit sachlichen und zeitlichen Kündigungsbeschränkungen stellten einen reinen Arbeitnehmerschutz dar. Die Beschränkungen galten einseitig nur für den Fabrikhaber. Weitergehende Abreden waren zulässig, nicht aber eine Beschränkung oder Wegbedingung der gesetzlichen Regelung (6). Der Anwendungsbereich beschränkte sich indessen auf Ar-

- 1 BG betreffend die Arbeit in den Fabriken (AS 1914, 535).
- 2 Hug, Kündigungsrecht II, S. 234. In diese Zeit fällt auch die Volksinitiative auf Ergänzung der Bundesverfassung durch eine Bestimmung, die jedem Schweizerbürger das Recht auf ausreichend lohnende Beschäftigung garantieren sollte. Die Initiative wurde am 3. Juni 1894 vom Volk verworfen.
- 3 Der bundesrätliche Entwurf von 1910 sah denn auch vor, dass wegen der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechtes oder wegen Militärdienstes nicht gekündigt werden könne (BBl. 1910 III 680).
- 4 Art. 23 lit. a und b des Fabrikgesetzes 1914.
- 5 Art. 68 Abs. 5 des Fabrikgesetzes 1914.
- 6 Schoop, Kündigungsschutz, S. 31.

beitnehmer, welche in dem Fabrikgesetz unterstellten Betrieben beschäftigt waren (1).

2. Das Kündigungsschutzgesetz bei Militärdienst von 1949

Mit Ausbruch des zweiten Weltkrieges stellte sich das Problem der Sicherung des Arbeitsplatzes für sämtliche Arbeitnehmer, die Aktivdienst leisteten. Der Bundesrat ordnete zunächst Erleichterungen für die Wiedereinstellung an (2). Am 13. September 1940 fasste er einen auf den ausserordentlichen Vollmachten beruhenden Beschluss über den Schutz des Anstellungsverhältnisses militärpflichtiger Arbeitnehmer (3). Darin waren Kündigungsbeschränkungen enthalten. Das BG vom 1. April 1949 über die Beschränkung der Kündigung von Anstellungsverhältnissen bei Militärdienst führte im wesentlichen die Bestimmungen des Notrechtes in die ordentliche Gesetzgebung über (4). Dieses Spezialgesetz mit sachlicher und zeitlicher Beschränkung des Kündigungsrechts bildete die Vorlage für den geltenden Art. 336 g OR über die Kündigung wegen Militärdienst. Von Bedeutung ist, dass das Kündigungsschutzgesetz bei Militärdienst erstmals eine paritätische Regelung im Bereiche des Kündigungsschutzes aufstellte. Nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch der Arbeitgeber wird gegen Kündigung wegen und während Militärdienst geschützt (5). Wenngleich die praktischen Auswirkungen dieser Kündigungsbeschränkung zugunsten des Arbeitgebers gering blieben, handelt es sich bei dieser Regelung um einen ersten Einbruch in das Prinzip, dass der Kündigungsschutz reines Arbeitnehmerschutzrecht ist.

-
- 1 Art. 1 definierte den Anwendungsbereich wie folgt: "Dieses Gesetz ist anwendbar auf jede industrielle Anstalt, der die Eigenschaft einer Fabrik zukommt."
 - 2 BRB vom 5. Juli und 13. August 1940 (AS 1940, 1163 und 1386).
 - 3 AS 1940, 1491. Nach Beendigung der Aktivdienstzeit wurde der BRB nicht aufgehoben, sondern abgeändert und aufrechterhalten (BRB vom 14. August 1945; AS 1945, 609).
 - 4 AS 1949, 1293. Durch Art. 40 des BG über den Zivilschutz vom 23. März 1962 (AS 1962, 1089) sind diese Bestimmungen auch für den Zivilschutzdienst Leistenden sinngemäss anwendbar erklärt worden.
 - 5 Dies wird in der bundesrätlichen Botschaft wie folgt begründet: "Ein Betrieb soll nicht dadurch lahmgelegt werden oder in Schwierigkeiten geraten, dass ein Arbeitnehmer, der seinen Prinzipal während dessen Militärdienst vertritt, die Stelle kündigt" (BBl. 1948 II 665).

3. Die Entwürfe zu einem Arbeitsgesetz

Das Postulat eines umfassenden Kündigungsschutzes führte schon in den frühesten Vorarbeiten zu einem Arbeitsgesetz, welches nach der ursprünglichen Auffassung neben öffentlichrechtlichen auch privatrechtliche Bestimmungen enthalten sollte (1), zu heftigen Auseinandersetzungen. Der erste amtliche Vorentwurf zu einem BG über die Arbeit im Handel und in den Gewerben (Arbeitsgesetz) von 1935 äusserte sich nicht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Als umfangreicher und ausgewogener erwies sich der aufgrund der Arbeiten einer vorberatenden Kommission geschaffene Vorentwurf 1945. Unter dem Abschnitt "Arbeitsverhältnis" enthielt dieser Entwurf Bestimmungen mit Kündigungsbeschränkungen. Art. 14 Abs. 1 erklärte die Kündigung des Arbeitgebers für ungerechtfertigt, wenn sie in den ersten sechs Monaten einer durch Krankheit oder Unfall verursachten Erwerbsunfähigkeit, wegen oder während Militärdienst, wegen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession oder zu einem politischen oder beruflichen Verein sowie wegen Tätigkeit als Mitglied der betrieblichen Arbeitnehmervertretung vorgenommen wurde. Neben diesen zeitlichen und sachlichen Kündigungsbeschränkungen wurde in Abs. 2 der angeführten Bestimmung eine Härteklausel nach deutschem Vorbild entworfen (2). Danach fiel für die Rechtmässigkeit der Kündigung nicht nur der Zeitpunkt oder der Beweggrund ins Gewicht, sondern auch deren soziale Auswirkungen auf den betroffenen Arbeitnehmer. Gegenüber einer derartigen Generalklausel sowie den in Art. 15 des Vorentwurfs geregelten Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Kündigung (3) machte sich im Vernehmlassungsverfahren ein starker Widerstand bemerkbar. Im amtlichen Vorentwurf des Jahres 1950 wurde deshalb eine grundsätzliche

- 1 Geplant war mehr oder weniger eine Totalkodifikation des Arbeitsrechtes im Arbeitsgesetz. Erst mit dem Vorentwurf 1950 sind die privatrechtlichen Bestimmungen aus dem Arbeitsgesetz ausgeschieden worden.
- 2 In Anlehnung an § 84 des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920.
- 3 Bei einer ungerechtfertigten Entlassung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf ein Entgelt, das mindestens dem Betrag des letzten Monatslohnes und höchstens dem Betrag des letzten Jahresverdienstes entspricht.

Neugestaltung vorgenommen. Auf eine Härteklausel wurde verzichtet, und man griff auf das Prinzip des Rechtsmissbrauchs zurück (1). Der Entwurf sah vor, dem OR eine Bestimmung über die missbräuchliche Kündigung beizufügen. Gemäss Art. 351 c des Vorentwurfes von 1950 sollte die Kündigung durch den Arbeitgeber als Rechtsmissbrauch gelten, wenn sie vorgenommen wird wegen Militärdienst, wegen Uebernahme eines öffentlichen Amtes, wegen Zugehörigkeit zu einer rechtlich zulässigen politischen oder anderen Organisation, wegen pflichtgemässer Tätigkeit in einer betrieblichen Arbeitnehmervertretung sowie wegen Geltendmachung gesetzlicher oder vertraglicher Rechte. Unter den gleichen Voraussetzungen sollte indessen auch die Kündigung des Arbeitnehmers als rechtsmissbräuchlich gelten. Auffallendste Neuerung des Vorentwurfes 1950 bildete die Verwirklichung des Paritätsprinzipes. Dem Arbeitgeber sollte ein gleicher Schutz vor rechtsmissbräuchlichen Kündigungen verliehen werden wie dem Arbeitnehmer. Im Gegensatz zur unzeitigen Kündigung sollte die missbräuchliche Kündigung nicht ungültig sein, sondern dem Ge- kündigten das Recht zur Einsprache und bei Nichteinigung über die Fort- setzung des Arbeitsverhältnisses einen Entschädigungsanspruch geben (2). Aus verschiedenen Gründen wurden die Vorarbeiten zu einem Arbeitsgesetz nach 1950 für längere Zeit unterbrochen (3).

4. Die Revision des Dienstvertragstitels des OR

In den Beratungen der Expertenkommissionen zur Revision des Dienstvertragstitels (4) war die Frage der missbräuchlichen Kündigung sehr umstritten (5). Dennoch wurde beschlossen, eine vereinfachte, all- gemein formulierte Bestimmung über die missbräuchliche Kündigung in den

-
- 1 Botschaft, BB1. 1967 II 384. Die Härteklausel war bereits in den früheren Entwürfen Germann / Hug aus den Jahren 1948 und 1949 fallen gelassen worden.
 - 2 Art. 85 Ziff. 14 B des Vorentwurfes 1950.
 - 3 Näheres bei Arnold, S. 152.
 - 4 Art. 319 ff. alt OR.
 - 5 Grosse Expertenkommission, Protokoll VI / 38 - 59.

Vorentwurf 1963 aufzunehmen. Art. 42 räumte dem Gekündigten ein Einspracherecht gegen offenbar rechtsmissbräuchliche Kündigungen ein und sah bei Nichtfortsetzung des Arbeitsverhältnisses einen Entschädigungsanspruch vor. Diese Kompromissvorschrift bestätigte lediglich die Gültigkeit des generellen Rechtsmissbrauchsverbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB für das Kündigungsrecht. Ausserdem regelte sie ein einfaches Verfahren und sah eine dem Wesen des Arbeitsverhältnisses entsprechende Rechtsfolge vor. Dennoch erwuchs dieser, gegenüber früheren Entwürfen stark vereinfachten Bestimmung im Vernehmlassungsverfahren ein starker Widerstand (1). In den Eingaben der Arbeitgeberorganisationen wurde die Ausmerzung dieser Bestimmung als Bedingung für eine Zustimmung zur gesamten Gesetzesvorlage gemacht (2). Um die längst fällige Revision nicht zu gefährden, beugte sich der Bundesrat diesem Druck. Im Entwurf 1967 wurde auf die Einführung einer generellen sachlichen Kündigungsbeschränkung verzichtet und dem Parlament die heute geltende Regelung des Art. 336 g OR vorgelegt (3). Die bundesrätliche Botschaft an das Parlament erklärte den Widerstand weiterer Kreise für verständlich, da durch Art. 42 des Vorentwurfes 1963 das Prinzip der Kündigungsfreiheit berührt werde. Die Beschränkungen seien bei einem allgemeinen Verbot der missbräuchlichen Kündigung nicht übersehbar. Ausserdem stünden der Rechtsprechung die allgemeinen Vorschriften des Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 41 Abs. 2 OR als ausreichende Rechtsgrundlage zur Verfügung, um eine offenbar missbräuchliche Kündigung ahnden zu können. Da es an richterlichen Entscheidungen fehle und auch in den GAV nirgends ein umfassendes Verbot der rechtsmissbräuchlichen Kündigung aufgestellt worden sei, habe sich das Problem des allgemeinen Schutzes vor missbräuchlichen Kündigungen in der Praxis offenbar noch nicht gestellt. Bei dieser Sachlage erscheine es verfrüht, einen generellen sachlichen Kündigungs-

1 Vernehmlassungen, S. 268 ff.

2 Vernehmlassungen, S. 271, insbesondere Ziff. 987 (Arbeitgeber / Vorort). Neben den Arbeitgeberorganisationen wandten sich auch einzelne politische Parteien, einige Kantone sowie der schweizerische Anwaltsverband gegen Art. 42 des Vorentwurfes 1963.

3 Vgl. Botschaft, BB1. 1967 II 382 f.

schutz im Entwurf vorzusehen (1). In den nationalrätlichen Kommissions-sitzungen entbrannten nochmals heftige Diskussionen über diesen Problem-kreis (2). Anlässlich der parlamentarischen Beratungen kam es vor dem Nationalrat zum Minderheitsantrag Welter, welcher erneut die Aufnahme einer Bestimmung über die missbräuchliche Kündigung vorschlug (3). Auch dieser Antrag unterlag. Nach Bereinigung der Differenzen mit dem Ständerat kam schliesslich der geltende Art. 336 g OR als einzige aus-drückliche sachliche Kündigungsbeschränkung zustande (4).

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung der zeitlichen Kün-digungsbeschränkungen baute auf den Bestimmungen des Fabrikgesetzes von 1914 und dem Kündigungsschutzgesetz bei Militärdienst von 1949 auf und stiess auf keine grundsätzliche Ablehnung (5). Im Laufe der Beratungen wurde von den Räten neben den Tatbeständen Militärdienst, Krankheit und Schwangerschaft auch der Fall einer von den Behörden angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland ins Gesetz aufgenommen (6). Die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen wurden paritätisch ausge-staltet. Am 25. Juni 1971 wurde das geltende Arbeitsvertragsrecht des OR von der Bundesversammlung verabschiedet (7) und vom Bundesrat auf den 1. Januar 1972 in Kraft gesetzt (8).

1 Botschaft, BBl. 1967 II 384 f.

2 Kommission Nationalrat, Protokolle IV / 68 - 75, V / 2-5 und VIII / 10 - 15.

3 Sten. Bull. NR 1969, 831.

4 Sten. Bull. NR 1969, 836; 1970, 820; 1971, 440 sowie Sten. Bull. SR 1970, 360; 1971, 73.

5 Botschaft, BBl. 1967 II 378.

6 Sten. Bull. NR 1970, 820; Sten. Bull. SR 1971, 73.

7 AS 1971, 1465.

8 AS 1971, 1507.

C. Die geltende gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes

Das freie Kündigungsrecht der Arbeitsvertragsparteien wird durch allgemeine zivilrechtliche Grundsätze sowie durch drei spezielle Gesetzesbestimmungen zeitlich und sachlich beschränkt. Soziale Kündigungsbeschränkungen kennt die schweizerische Rechtsordnung nicht.

1. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen

Zum Schutze des Arbeitnehmers stellt Art. 336 e Abs. 1 OR (Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber) Kündigungsbeschränkungen auf:

"Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

- a) während obligatorischen schweizerischen Militärdienstes oder Zivilschutzdienstes des Arbeitnehmers und, sofern die Dienstleistung mehr als zwölf Tage dauert, vier Wochen vorher und nachher,
- b) in den ersten vier Wochen einer durch unverschuldete Krankheit oder unverschuldeten Unfall verursachten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, vom zweiten Dienstjahr an in den ersten acht Wochen,
- c) in den acht Wochen vor und nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin,
- d) in den ersten vier Wochen einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung des Arbeitnehmers für eine Hilfsaktion im Ausland."

Ist der Arbeitnehmer aus einem dieser vier Gründe an der Arbeitsleistung verhindert, darf ihm der Arbeitgeber während der angeführten Sperrfristen nicht kündigen. Ausgeschlossen ist dabei nach h.L. nur das Recht zur ordentlichen Kündigung (1). Ausserdem setzt der Kündi-

1 Botschaft, BBl. 1967 II 378; Brühwiler, N. 2 zu Art. 336 e OR; Vischer, S. 413. A.M. Geiser, S. 58; allerdings mit wenig überzeugender Begründung.

gungsschutz erst nach Ablauf der Probezeit ein (1). Die Rechtsfolgen einer Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber regeln Art. 336 e Abs. 2 und 3 OR: Die während der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig. Sie entfaltet keine Rechtswirkungen, das Arbeitsverhältnis dauert fort. Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Sperrfrist zur Auflösung bringen, hat er dem Arbeitnehmer erneut eine Kündigungserklärung zur Kenntnis zu bringen. Gültig ist hingegen eine vor der Sperrfrist erfolgte Kündigung. Ist die Kündigungsfrist bis zum Beginn der Sperrfrist noch nicht abgelaufen, wird ihr Ablauf unterbrochen und erst nach der Sperrfrist fortgesetzt. Dabei darf sich der Endtermin des Arbeitsverhältnisses nicht ändern; kann das Arbeitsverhältnis gemäss vertraglicher oder gesetzlicher Regelung nur auf das Ende eines Monats oder einer Woche beendet werden, verlängert sich die Kündigungsfrist bis zum nächstfolgenden Endtermin.

Auch zugunsten des Arbeitgebers bestehen zeitliche Kündigungsbeschränkungen. Art. 336 f OR verbietet dem Arbeitnehmer die Kündigung, wenn sein Arbeitgeber oder ein Vorgesetzter aus einem der in Art. 336 e OR genannten Gründe an der Ausübung der Tätigkeit verhindert ist und der Arbeitnehmer diese Arbeit zu übernehmen hat (2). Bei einer Verletzung dieser Vorschrift gelangen dieselben Sanktionen wie bei der unzeitigen Kündigung durch den Arbeitgeber zur Anwendung (3).

-
- 1 Wurde eine Probezeit vertraglich wegbedungen, so entfaltet Art. 336 e OR von Beginn des Arbeitsverhältnisses an seine Wirkungen.
 - 2 Für Geiser besteht der Schutz allerdings nicht im gleichen Umfang wie bei Art. 336 e OR. Wortlaut und Zweck von Art. 336 f OR machten deutlich, dass diese Kündigungsbeschränkung nur solange gelte, als der Arbeitgeber oder der Vorgesetzte auch tatsächlich an der Ausübung ihrer Funktionen verhindert seien (Geiser, S. 62). Diese Auslegung erweist sich angesichts des ausdrücklichen Verweises auf Art. 336 e Abs. 2 und 3 OR als unzutreffend.
 - 3 Art. 336 f Abs. 2 OR erklärt Art. 336 e Abs. 2 und 3 OR als entsprechend anwendbar.

Sowohl Art. 336 e OR als auch Art. 336 f OR sind unter die zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Art. 361 Abs. 1 OR eingereiht, von denen durch Abrede, NAV oder GAV weder zu Ungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers abgewichen werden kann.

2. Sachliche Kündigungsbeschränkungen

a) Kündigung wegen Militärdienst

Als einzige sachliche Kündigungsbeschränkung führt das Gesetz das Verbot der Kündigung wegen schweizerischen obligatorischen Militärdienstes an. Im Gegensatz zur Regelung bei der unzeitigen Kündigung erklärt Art. 336 g OR eine solche Kündigung nicht als ungültig. Der Gekündigte hat lediglich das Recht, innert dreissig Tagen, längstens aber bis zum Ende der Kündigungsfrist, schriftlich Einsprache beim Kündigenden zu erheben (1). Einigen sich die Vertragsparteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so endet es mit Ablauf der Kündigungsfrist (2). Der Gekündigte hat in diesem Falle einen Entschädigungsanspruch, den der Richter nach seinem Ermessen unter Würdigung aller Umstände, namentlich der Dauer des Arbeitsverhältnisses, festzusetzen hat. Der Maximalbetrag der Entschädigung wird durch das Gesetz auf sechs Monatslöhne des Arbeitnehmers festgelegt (3). Der Entschädigungsanspruch ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses innert einer dreissigtägigen Verwirkungsfrist durch Klage oder Betreibung geltend zu machen (4). Art. 336 g OR findet auch Anwendung im Falle einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Militärdienst (5). Die in gleicher Weise für den Arbeitnehmer wie den Arbeitgeber geltende Regelung über die Kündigung wegen Militärdienst gehört zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Art. 361 OR.

1 Art. 336 g Abs. 1 OR.

2 Kommt nach form- und fristgerechter Einsprache eine Einigung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zustande, ist dies als vertragliche Aufhebung der Rechtswirkungen der erfolgten Kündigung zu verstehen.

3 Art. 336 g Abs. 3 OR.

4 Art. 336 g Abs. 4 OR.

5 Art. 337 d Abs. 4 OR.

b) Rechtsmissbräuchliche Kündigung

Es ist unbestritten, dass das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs auch bei der Ausübung des Kündigungsrechts im Arbeitsrecht zur Anwendung gelangt (1). Anlässlich der letzten Revision des Arbeitsvertragsrechts wurde gerade mit dem Hinweis auf die ausreichende Rechtsgrundlage von Art. 2 Abs. 2 ZGB die Aufnahme einer Bestimmung über die rechtsmissbräuchliche Kündigung abgelehnt (2). Art. 2 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz findet. Die Grundidee dieser Vorschrift basiert auf einem möglichen Widerspruch zwischen materieller Gerechtigkeit und formeller Rechtsausübung. Art. 2 Abs. 2 ZGB soll es dem Richter ermöglichen, berichtigend in eine gesetzliche oder vertragliche Regelung einzugreifen, um ein Auseinanderklaffen von "scheinbarem Recht" und "wirklichem Recht" zu verhindern (3). Das Rechtsmissbrauchsverbot weist dabei eine weit über das Schikaneverbot hinausreichende Bedeutung auf. Für die Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB können Zweckwidrigkeit und Fehlen eines Interesses als Ansatzpunkte herangezogen werden (4). Bezogen auf die

-
- 1 Arnold, S. 188; Brühwiler, Vorbemerkung zu Art. 336 g OR; Hug, Kündigungsrecht I, S. 152; Orlando, S. 198; Oser / Schönenberger, N. 14 zu Art. 347 alt OR; Rehbindler, S. 101; Schweingruber, N. 2 zu Art. 336 e OR; Spöndlin, S. 142; Vischer, S. 414. Vgl. auch Botschaft, BBl. 1967 II 385.
 - 2 Vernehmlassungen, Ziff. 978, 980, 984 und 988 - 990; Grosse Expertenkommission, Protokoll VI / 49 und 55; Sten. Bull. NR 1969, 832 und 835.
 - 3 Eugen Huber, Sten. Bull. NR 1906, 1037.
 - 4 Hans Merz, Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1966, unterscheidet folgende Untergruppen des Rechtsmissbrauchs:
 - zweckwidrige Rechtsausübung (N. 285 ff.);
 - unnütze Rechtsausübung (N. 340 ff.);
 - krasses Missverhältnis der Interessen (N. 371 ff.);
 - keine schonende Rechtsausübung (N. 393 ff.);
 - widersprüchliches Verhalten (N. 400 ff.);
 - unzulässige Berufung auf Formungültigkeit (N. 461 ff.);
 - unredlicher Rechtserwerb (N. 540 ff.).

Im Zusammenhang mit dem Kündigungsmissbrauch interessieren in erster Linie die zweckwidrige und unnütze Rechtsausübung sowie das krasse Interessenmissverhältnis.

Auflösung des Arbeitsverhältnisses bedeutet dies, dass jede Kündigung sachlich einwandfrei sein muss, somit nicht ohne schützenswerte Interessen oder zweckwidrig ausgesprochen werden darf (1). Dies gilt sowohl für die Kündigung des Arbeitgebers wie für jene des Arbeitnehmers. Das freie Kündigungsrecht der Arbeitsvertragsparteien wird insofern sachlich beschränkt. Fehlt ein objektiv gerechtfertigtes Interesse an der Kündigung, erfolgt sie aus einem unzulässigen Zweck oder führt sie zu einer durch die Interessen des Kündigenden in keiner Weise geforderten Schädigung des Betroffenen, so liegt eine unzulässige, missbräuchliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor (2). Ausgangspunkt für die Bekämpfung missbräuchlicher Kündigungen bildet de lege lata somit das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Sanktionierung einer missbräuchlichen Kündigung. Bei Anwendung der ordentlichen Rechtsfolge

1 Hug, Kündigungsrecht I, S. 153.

2 Hug, Kündigungsrecht I, S. 151; Goldschmidt, S. 170; Oser / Schönenberger, N. 14 zu Art. 347 alt OR; Voegeli, S. 106.

Voegeli, S. 106 ff., unterscheidet drei Fallgruppen missbräuchlicher Kündigungen:

- Kündigungen, welche allgemeinen Prinzipien unserer Rechtsordnung widersprechen;
- Kündigungen, welche speziellen Prinzipien des sozialen Bereiches widersprechen;
- Kündigungen, welche Prinzipien der sozialen Gerechtigkeit widersprechen.

Orlando, S. 202, führt folgende Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen an:

- Kündigungen wegen Uebernahme oder Ausübung eines öffentlichen Amtes;
- Kündigungen wegen Zugehörigkeit zu einer zulässigen politischen Organisation;
- Kündigungen wegen rechtlich zulässiger Tätigkeit ausserhalb des Betriebes zur Wahrung politischer oder beruflicher Interessen;
- Kündigungen wegen pflichtgemässer Tätigkeit in einer Betriebs- oder Arbeiterkommission;
- Kündigungen wegen Geltendmachung gesetzlicher oder vertraglicher Rechte.

Vgl. im übrigen die Einteilungen und Beispiele bei Christen, S. 118 ff., Billeter, S. 39 ff. und Goldschmidt, S. 171.

des Missbrauchsverbotes ist die Kündigung als nichtig zu betrachten (1); das Arbeitsverhältnis dauert fort. Wenn der Rechtsmissbrauch noch während der Kündigungsfrist festgestellt wird und sonst keine persönlichen oder objektiven Gründe gegen eine Weiterbeschäftigung sprechen, kann die Unwirksamkeit der missbräuchlichen Kündigung durchaus angenommen werden. Diese Rechtsfolge wird indessen den Verhältnissen häufig nicht gerecht, da eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses wegen mangelnder Vertrauensbasis oder wegen Veränderung der Verhältnisse nicht sinnvoll erscheint. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist abhängig von einem Übereinstimmenden Willen der Parteien. Dieser dürfte in der Regel fehlen. Die faktische Fortsetzung nach einer missbräuchlichen Kündigung des Arbeitnehmers ist ohnehin nicht durchsetzbar (2). Möglich ist die Vollstreckung eines Anspruches auf Wiedereinstellung nach einer missbräuchlichen Entlassung. Während der Prozessdauer kann der Arbeitnehmer keinen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend machen (3). Gewinnt er den Rechtsstreit nach Jahren, wird er regelmässig kein Interesse mehr an einer Reintegration in den Betrieb haben (4). Lassen

-
- 1 Botschaft, BBl. 1967 II 385; Goldschmidt, S. 171; Rehbinden, S. 102.
 - 2 Die Durchsetzung der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur persönlichen Arbeitsleistung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung ist wegen der höheren Interessen des Betroffenen, der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers, nicht möglich. Näheres bei Jost Schumacher, Der Vertragsbruch nach dem neuen Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 1974, S. 120 ff.
 - 3 Aus dem Arbeitsvertragsrecht kann kein Weiterbeschäftigungsanspruch hergeleitet werden. Im weiteren kann dieser nach h.L. auch nicht im Rahmen vorsorglicher Massnahmen verlangt werden. Denn die vorläufige Vollstreckung eines Leistungsanspruches kann in der Regel nicht Inhalt einer vorsorglichen Massnahme sein (H.U. Walder - Bohner, Der neue Zürcher Zivilprozess, Zürich 1977, S. 355 f.; Ders., SJZ 1977, S. 281).
 - 4 Aus diesem Grunde ist die Frage nach einer vorläufigen Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses ein zentraler Punkt in der deutschen Kündigungsschutzrechtlichen Diskussion. Das deutsche Bundesarbeitsgericht verneinte in einem Entscheid vom 26. Mai 1977 den Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus. Eine Ausnahme bildet der Sonderfall des § 102 Abs. 5 des Betriebsverfassungsgesetzes sowie das Vorliegen einer offensichtlich rechtsunwirksamen oder rechtsmissbräuchlichen Kündigung (Arbeit und Recht 1978, S. 155 = Betriebsberater 1977, S. 1504 ff.). Näheres bei Martin Coen, Das Recht auf Arbeit und der Bestandesschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses, Diss. Köln 1979, sowie Karl Kehrmann, Der Beschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers, in: Arbeit und Recht 1979, S. 267 ff.

die tatsächlichen Verhältnisse die Wiederherstellung eines de facto aufgehobenen Arbeitsverhältnisses nach einer missbräuchlichen Kündigung als unmöglich oder unzumutbar erscheinen, steht dem Betroffenen ein vertraglicher Schadenersatzanspruch zu (1). Die missbräuchliche Kündigung, die die Voraussetzungen für den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses zerstörte, stellt eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 ff. OR dar. Sofern sich die kündigende Partei nicht zu exkulpieren vermag (2), wird sie für die Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig. Nicht zur Anwendung gelangt bei einer missbräuchlichen Entlassung die Bestimmung über den Annahmeverzug des Arbeitgebers. Art. 324 OR ist auf einen Sachverhalt zugeschnitten, bei dem der Arbeitgeber lediglich vorübergehend in der Annahme der ihm angebotenen Arbeitsleistung in Verzug kommt (3). In unserem Zusammenhang ist indessen von einer tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszugehen. Allenfalls könnte in der Nichtfortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfrist eine ungerechtfertigte fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erblickt werden. Dies hätte gegenüber den allgemeinen Rechtsfolgen den Vorteil, dass der oft schwierige Schadensnachweis entfallen würde (4). Jedenfalls ist der Betroffene für die Geltendmachung seiner Ersatzansprüche nicht an die Erfordernisse des Art. 336 g OR gebunden. Die einschneidenden Beschränkungen des Rechtsschutzes im Falle einer Kündigung wegen Militärdienst entfallen bei einer missbräuchlichen Kündigung: Das Erfordernis der Einsprache innert dreissig Tagen, die Beschränkung des Schadenersatzes auf den Betrag von maximal sechs Monatslöhnen sowie die dreissigtägige Verwirkungsfrist zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruches durch Klage oder Betreibung (5). Spöndlin weist darauf

1 Gl. M. Spöndlin, S. 144, sowie Christen, S. 88.

2 Dies dürfte nach einem Rechtsmissbrauch nicht möglich sein.

3 Art. 324 OR sieht keine Schadenersatzpflicht, sondern eine Lohnzahlungspflicht ohne Nachleistungspflicht des Arbeitnehmers vor.

4 Art. 337 c Abs. 1 OR begründet bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung einen Lohnanspruch und nicht primär Schadenersatz.

5 Art. 336 g Abs. 1 und 2 OR.

hin, dass die Schadenersatzbemessung den Richter dann vor eine schwierige Aufgabe stellt, wenn der Arbeitnehmer nach einer missbräuchlichen Entlassung längere Zeit keinen Verdienst mehr findet. Mangels anderer Anhaltspunkte postuliert Spoendlin die Orientierung an der in Art. 336 g OR festgesetzten Obergrenze von sechs Monatslöhnen (1).

Ein Hinweis für eine andere gangbare Praxis zum Problem der missbräuchlichen Kündigung findet sich in der bundesrätlichen Botschaft zum Entwurf von 1967: Der Rechtsprechung bleibe es vorbehalten, Art. 336 g OR auf dem Wege der Analogie auf verwandte Tatbestände anzuwenden (2). Die h.L. nimmt in Uebereinstimmung mit dem Bundesrat an, die Bedeutung der in Art. 336 g OR enthaltenen Regelung liege nicht in ihrer direkten Anwendung, sondern im erweiterten Anwendungsbereich. Die gesetzliche Entschädigungsregelung sei als sachlich angemessene Rechtsfolge auf andere Fälle missbräuchlicher Kündigungen anzuwenden (3). Demgegenüber schliesst Brühwiler die Möglichkeit einer analogen Anwendung von Art. 336 g OR aus. Er beruft sich auf die Entstehungsgeschichte, welche keinen Zweifel offen lasse, dass die Beschränkung des sachlichen Kündigungsschutzes auf diesen einen Tatbestand gewollt sei (4). Diese Begründung geht fehl. Sowohl im Vorbereitungsverfahren als auch in den parlamentarischen Beratungen wurde immer wieder auf die Unzulässigkeit missbräuchlicher Kündigungen hingewiesen (5). Mit dem Argument der ausreichenden Rechtsgrundlage in Art. 2 Abs. 2 ZGB wurde die Aufnahme einer Bestimmung über die rechtsmissbräuchliche Kündigung erfolgreich verhindert. Von einer bewussten Normierung des sachlichen

1 Spoendlin, S. 145.

2 Botschaft, BBl. 1967 II 385.

3 Orlando, S. 200 ff.; Konopka, S. 101; Rehbindler, S. 101; Vischer, S. 417. Nach Arnold, S. 203 ff., ist die Rechtsfolge von Art. 336 g OR nur mittelbar anzuwenden. Sein Analogieschluss setzt erst bei der Sanktion ein.

4 Brühwiler, Vorbemerkung zu Art. 336 g OR.

5 Grosse Expertenkommission, Protokoll VI / 49 und 55; Sten. Bull. NR 1969, 832 und 835; Botschaft, BBl. 1967 II 385.

Kündigungsschutzes in Art. 336 g OR unter Ausschliessung der Fälle rechtsmissbräuchlicher Kündigungen kann somit keine Rede sein. Auch die Einreihung des Art. 336 g OR unter die zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Art. 361 OR ändert nichts an dieser Interpretation (1). Orlando weist mit eingehender Begründung nach, dass die rechtlichen Voraussetzungen für einen Analogieschluss gegeben sind (2). Eine Analogie ist statthaft, wenn eine echte Gesetzeslücke und nicht ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt. Als weitere Voraussetzung ist die wesentliche Gleichwertigkeit der Sachverhalte erforderlich. Wie ausgeführt, entschied sich der Gesetzgeber bezüglich weiterer sachlicher Kündigungsbeschränkungen, insbesondere dem Verbot rechtsmissbräuchlicher Kündigungen, nicht negativ, sondern wandte sich lediglich gegen die ausdrückliche Formulierung solcher Beschränkungen. Ein qualifiziertes Schweigen liegt damit nicht vor. Im weiteren hat der Grundgedanke des Art. 336 g OR auch für andere Fälle missbräuchlicher Kündigungen seine Gültigkeit: Das Verwenden eines bestimmten Sachverhaltes als Motiv für die Ausübung des Kündigungsrechtes erscheint unvereinbar mit unserem Rechtsbewusstsein (3).

Nach Merz ist der Kündigungsmissbrauch vom allgemeinen Verbot des Rechtsmissbrauchs zu lösen und unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, namentlich der absichtlichen sittenwidrigen Schädigung gemäss Art. 41 Abs. 2 OR, zu werten (4). Der daraus abgeleitete Schadenersatzanspruch führt indessen zu einem ähnlichen materiellen Ergebnis wie eine analoge Anwendung der Rechtsfolge von Art. 336 g OR. Beiden Auffassungen ist jedoch die Ableitung des Anspruches aus Vertragsverletzung vorzuziehen. Es ist nicht einzusehen, wieso auf Art. 336 g OR zurückzugreifen ist, um zu einer gerechten Lösung zu gelangen.

-
- 1 Die Zwingenderklärung steht in keinem Zusammenhang mit der hier zu erörternden Frage, sondern betrifft lediglich die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen.
 - 2 Orlando, S. 200 ff.
 - 3 Orlando, S. 202.
 - 4 Hans Merz, Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1966, N. 317. Zur Begründung seiner Auffassung führt Merz an, Art. 2 ZGB müsste zur Unbeachtlichkeit der Kündigung und zur Weiterführung des Vertrages führen, was jedoch gegen den Willen der Parteien nicht durchführbar sei. Ein Hinweis auf Art. 41 Abs. 2 OR findet sich auch in der Botschaft, BBl. 1967 II 385.

gen (1). Die einschneidenden Beschränkungen des Rechtsschutzes dieser Bestimmung werden anderen Fällen missbrüchlicher Kündigungen nicht gerecht. Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Die missbrüchliche Kündigung stellt eine Vertragsverletzung dar, welche bei Zerstörung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses zu einer Schadenersatzpflicht der kündigenden Partei führt.

Im Zusammenhang mit rechtsmissbrüchlichen Kündigungen und sachlichen Kündigungsbeschränkungen schlechthin ergibt sich eine weitere Schwierigkeit: Das Problem der Motiverforschung. Für die ordentliche Kündigung besteht kein Begründungszwang. Der wahre Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wird sich schon aus diesem Grund oft nicht nachweisen lassen. Bleibt der vom Gekündigten behauptete Grund für die Kündigungserklärung im Streitfall unbewiesen, so ist zu seinen Ungunsten zu entscheiden, da er aus dem Vorhandensein der behaupteten Tatsache einen Anspruch herleitet (2). Dieser Grundsatz gilt auch für den Nachweis einer missbrüchlichen Kündigung, denn das Arbeitsvertragsrecht stellt keine besonderen Beweisregeln auf. Daran ändert auch Art. 343 Abs. 3 OR nichts. Diese Bestimmung verpflichtet den Richter, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und nach seinem freien Ermessen zu würdigen. Die Untersuchungsmaxime entbindet den Kläger indessen nicht von der Auflage, dem Gericht die Tatsachen darzulegen und Beweismittel zu bezeichnen. Bei begründeten Indizien für ein unzulässiges Kündigungsmotiv muss Glaubhaftmachen des Grundes für den Nachweis genügen (3). Insbesondere vom Arbeitnehmer kann nicht erwartet werden, dass er den direkten Beweis des Motives für die Ausübung des Kündigungsrechtes durch die andere Partei erbringen kann. Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Beweisführung sind mit ein Grund, dass verschiedene Autoren dem sachlichen Kündigungsschutz keine grosse praktische Bedeutung zumessen (4).

1 Ebenso Spöndlin, S. 144.

2 Vgl. Art. 8 ZGB. Näheres bei Max Kummer, Berner Kommentar zu Art. 8 ZGB, Bern 1966, N. 34.

3 Arnold, S. 123.

4 Spöndlin, S. 147; Rehbindler, S. 101.

D. Ungenügender gesetzlicher Kündigungsschutz

Die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes in der Schweiz ist ungenügend. Von den drei ausdrücklichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes mit Kündigungsbeschränkungen bewirkt lediglich Art. 336 e OR (Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber) einen gewissen Schutz für den Arbeitnehmer. Negativ wirkt sich bei dem in der Praxis wichtigsten Tatbestand der unverschuldeten Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall aus, dass die gesetzlichen Sperrfristen nicht mit der Dauer der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 324 a OR korrespondieren. Ohne praktische Auswirkungen blieb das Verbot der Kündigung wegen Militärdienst. Diese Norm entspricht heute keinem realen Bedürfnis mehr (1). Für eine Regelung von Kündigungsbeschränkungen zugunsten des Arbeitgebers besteht keine Notwendigkeit. An einem zeitlichen Kündigungsschutz hat der Arbeitgeber ohnehin nur ein beschränktes Interesse. Die Gefahr, dass der Arbeitnehmer während einer Arbeitsverhinderung des Arbeitgebers zur Kündigung verleitet wird, ist gering. Die Bestimmung des Art. 336 f OR gelangt in der Praxis denn auch nie zur Anwendung. Eine paritätische Ausgestaltung des Kündigungsschutzes, wie dies das geltende Arbeitsvertragsrecht vorsieht, ist nicht sinnvoll, da sich keine gleichstarken Vertragspartner gegenüberstehen.

Gesetzliche Grundlage für die Anfechtung von missbräuchlichen Kündigungen des Arbeitsverhältnisses bildet das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Diese Möglichkeit wird von der Rechtsprechung indessen nicht genutzt. Aus dem Fehlen von richterlichen Entscheidungen darf nun aber keineswegs geschlossen werden, dass sich das Problem der missbräuchlichen Kündigung in der Praxis nicht stelle (2). Die Ursachen liegen viel-

-
- 1 Während des zweiten Weltkrieges genügten die notrechtlichen Kompetenzen des Bundesrates, um entsprechende Kündigungsbeschränkungen für die Dauer des Aktivdienstes einzuführen.
 - 2 Mir sind lediglich zwei publizierte Gerichtsentscheide bekannt, in welchen die Missbräuchlichkeit einer Kündigung geprüft (und verneint) wurde: Urteil des Präsidenten des Bezirksgerichtes Liestal, in: SJZ 1974, S. 111; Urteil des Zivilgerichtes Basel - Stadt vom 25. Mai 1977, in: BJM 1978, S. 256.

mehr in der unsicheren Rechtsgrundlage des Art. 2 Abs. 2 ZGB. Die schweizerischen Gerichte machten von allgemeinen Grundsätzen seit je nur zögernden Gebrauch. Auch sind die erstinstanzlichen Arbeitsgerichte nicht geeignet, neue Wege zu weisen (1). Neben den Unklarheiten über die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung bestehen die angeführten Beweisschwierigkeiten, welche nur durch eine Begründungspflicht gemindert werden könnten. Indem die allgemeinen Prinzipien nicht auf Fälle missbräuchlicher Kündigungen angewendet werden, besteht in der Schweiz faktisch kein sachlicher Kündigungsschutz.

E. Bestrebungen für eine Fortentwicklung des gesetzlichen Kündigungsschutzes

Seit der Totalrevision des Arbeitsvertragsrechtes im Jahre 1971 wurden zahlreiche Bestrebungen für einen Ausbau des Kündigungsschutzes unternommen. Zunächst ist auf verschiedene parlamentarische Motionen hinzuweisen. Nationalrat Welter verlangte in einer Motion vom 16. September 1975 die Einführung einer Vorschrift, wonach die Kündigung des Arbeitsverhältnisses begründet werden müsse (2). Weiter stellte er, wie auch sein Ratskollege Trottmann (3), die Forderung nach einem Einsprache- oder Rekursrecht des entlassenen Arbeitnehmers auf. Der Bundesrat erklärte sich bereit, die aufgeworfenen Fragen zu prüfen (4). Anfangs 1978 verwarf der Nationalrat eine Motion Jelmini, welche den Bundesrat aufforderte, in einem dringlichen Bundesbeschluss missbräuchliche Entlassungen zu untersagen und für Kollektiventlassungen eine Genehmigungspflicht einzuführen (5). Der Rat folgte damit dem

-
- 1 Schon Arnold wies darauf hin, dass zufolge des meist geringen Streitwertes die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Regel von den erstinstanzlichen Arbeitsgerichten als letzte Instanz entschieden wurden (Arnold, S. 121).
 - 2 Sten. Bull. NR 1975, 1851 ff.
 - 3 Sten. Bull. NR 1976, 111 f. (Motion vom 15. September 1975).
 - 4 Beide Vorstösse wurden von den Motionären in unverbindliche Postulate umgewandelt.
 - 5 Sten. Bull. NR 1978, 89 ff. (Motion vom 14. Dezember 1976).

Bundesrat, welcher den Vorstoss als unvereinbar mit dem auch für das Arbeitsvertragsrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit bezeichnete (1). Am 2. Juni 1980 behandelte der Nationalrat eine Motion des Ratsmitgliedes Muheim betreffend den Kündigungsschutz. Muheim will die Gültigkeit einer Kündigung von deren schriftlicher Begründung abhängig machen (2). Weitere Ziele seiner Motion sind die Nichtigerklärung von Kündigungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit sowie die Einführung einer Anfechtungsmöglichkeit für Kündigungen, welche sich nicht mit zwingenden Gründen rechtfertigen lassen. Der Vorstoss wurde nach heftiger Diskussion als unverbindliches Postulat dem Bundesrat überwiesen (3).

In einer Eingabe an den Bundesrat vom 19. März 1980 verlangte der Schweizerische Gewerkschaftsbund die Verbesserung des gesetzlichen Kündigungsschutzes der Arbeitnehmer (4). Der Bundesrat erklärte sich in seiner Antwort bereit zu einer Ueberprüfung dieses Problemkreises, da sich die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Arbeitsmarktlage seit der Entstehungszeit des geltenden Rechtes geändert hätten (5). Mit einer im Oktober 1980 lancierten Volksinitiative will der Christlich - Nationale Gewerkschaftsbund der Schweiz auf Verfassungsebene eine Begründungspflicht für Kündigungen des Arbeitgebers einführen (6). Ungerechtfertigte Kündigungen, namentlich solche wegen Ausübung von Grundrechten, sollen beim Richter angefochten werden können. Ueber die Rechtsfolgen bei Nichtfortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach erfolgter Anfechtung schweigt sich die Initiative aus. Im weiteren soll das Arbeitsverhältnis erstreckt werden können, wenn eine an sich gerechtfertigte Entlassung eine besondere Härte zur Folge hat. Schliesslich verlangt das Volksbegehren eine erhebliche Ausdehnung des geltenden Kündigungsschutzes bei Krankheit und Unfall.

1 Sten. Bull. NR 1978, 90.

2 Motion vom 28. November 1979 (Uebersicht der Verhandlungen der Bundesversammlung, Wintersession 1979, S. 49).

3 Uebersicht der Verhandlungen der Bundesversammlung, Sommersession 1980, S. 54. Vgl. Ratsbereich der NZZ vom 3. Juni 1980.

4 Vgl. den Wortlaut der Eingabe in GR 1980, S. 118 - 124.

5 NZZ vom 16. August 1980.

6 BB1. 1980 III 435.

Im Verfassungsentwurf 1977 der eidgenössischen Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung ist der Schutz des Arbeitnehmers vor ungerechtfertigtem Verlust des Arbeitsplatzes ausdrücklich als Sozialrecht vorgesehen (1). Die Expertenkommission versteht dies als Auftrag an den Gesetzgeber zur Wahrung des Sozialrechtes auf Arbeit (2). Im Begleitbericht wird "klargestellt", dass hiezu alle irgendwie geeigneten und angemessenen Vorkehren in Betracht kommen und der Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung bloss eines von vielen denkbaren Mitteln sei (3). Die staatlichen Massnahmen können nach Ansicht der Expertenkommission auch konjunktur-, währungs- oder strukturpolitischer Art sein.

Trotz diesen Bestrebungen dürfte eine grundlegende Verbesserung des gesetzlichen Kündigungsschutzes in naher Zukunft kaum Wirklichkeit werden. Die bestehenden Machtverhältnisse lassen keine anderen Prognosen zu. Die Fragestellung dieser Arbeit, ob Möglichkeiten für einen vertraglichen Ausbau des Kündigungsschutzes bestehen, wird weiterhin aktuell bleiben.

Im Vergleich zu allen anderen europäischen Industriestaaten ist die Schweiz in der Beschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers im Rückstand. Die meisten europäischen Länder kennen gesetzliche Bestimmungen, die eine Globaldefinition der Gründe enthalten, welche eine ordentliche Kündigung ausschliessen (4). Statt einer eingehenden Rechtsvergleichung sei auf den Bericht der Europäischen Gemeinschaften über "Bestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer bei Entlassungen nach dem

1 Art. 26 Abs. 1 lit. b des Verfassungsentwurfes der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977: "Der Staat trifft Vorkehren, ... damit jeder Arbeitnehmer vor einem ungerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes geschützt ist."

2 Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, S. 64.

3 Bericht, S. 64.

4 RdA 1972, S. 291.

Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften" (1) sowie den Bericht des Bureau International du Travail (2) verwiesen.

1 RdA 1972, S. 288 ff.

2 La cessation de la relation de travail, BIT, Genf 1961.

3. Teil: Vertragliche Kündigungsbeschränkungen

A. Problemstellung

Es zeigte sich, dass die Kündigungsbeschränkungen des geltenden Gesetzes und die wenig fortschrittliche Praxis der Gerichte im Zusammenhang mit missbräuchlichen Kündigungen für den Arbeitnehmer keinen wirksamen Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung bewirken. Es ist deshalb zu prüfen, ob Möglichkeiten bestehen, den Kündigungsschutz auf dem Wege der Kollektivvereinbarungen auszubauen.

Bei der Untersuchung dieses Problemkreises sind zunächst die vertraglichen Rechtsquellen darzustellen. Sodann ist zu prüfen, inwieweit das Gesetz Raum für vertragliche Kündigungsbeschränkungen lässt. Eine Anzahl von Gesetzesbestimmungen ist unter diesem Gesichtspunkt näher auszulegen: In erster Linie die bereits beschriebenen Vorschriften mit gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen (Art. 336 e OR über die Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber, Art. 336 f OR über die Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitnehmer, Art. 336 g OR über die Kündigung wegen Militärdienst), im weiteren die allgemeine Vorschrift über die Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit (Art. 336 OR). Es fällt auf, dass alle genannten Bestimmungen unter den allgemein als "absolut zwingend" (1) und unabänderlich bezeichneten Vorschriften des Art. 361 Abs. 1 OR aufgeführt sind. Eine Untersuchung über die generelle Bedeutung und die Auswirkungen von Art. 361 OR erweist sich deshalb als notwendig. Anschliessend sind die vertraglichen Möglichkeiten für sachliche und zeitliche Kündigungsbeschränkungen getrennt zu prüfen.

1 Botschaft, BBl. 1967 II 289 f.; Rehbindner, S. 29; Vischer, S. 293.

B. Arbeitsvertragliche Rechtsquellen

1. Allgemeines

Neben der gesetzlichen Regelung des Arbeitsvertragsrechtes existiert eine besondere Form der Rechtsverordnung: Der NAV gemäss Art. 359 OR. Beim NAV handelt es sich nicht um eine vertragliche Rechtsquelle, sondern um den Erlass eines Kantones oder des Bundes, welcher für einzelne Arbeitsverhältnisse dispositives Recht schafft (1). Der Anwendungsbereich ist auf Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses beschränkt (2). Damit bestünde grundsätzlich die Möglichkeit zur Normierung von Kündigungsbeschränkungen in NAV. Zu beachten ist, dass das zwingende Gesetzesrecht dem NAV vorgeht (3). Die praktische Bedeutung der NAV ausserhalb der Landwirtschaft und der Hauswirtschaft ist gering. Am 1. Januar 1975 standen 63 kantonale und sechs eidgenössische NAV in Kraft (4). Diese NAV übernehmen oder verweisen bezüglich des Kündigungsschutzes zumeist auf die gesetzliche Regelung oder erwähnen dieses Gebiet nicht (5). Eine zusätzliche, formelle Be-

1 Vgl. die Regelung in Art. 359 bis 360 OR. Der Erlass eines NAV steht grundsätzlich im Ermessen der zuständigen kantonalen oder eidgenössischen Behörde. Die Kantone sind indessen verpflichtet, NAV für das landwirtschaftliche und das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis zu erlassen (Art. 359 Abs. 2 OR).

2 Art. 359 Abs. 1 OR.

3 Art. 359 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 358 OR.

4 Volkswirtschaft 1975, S. 145.

Erstreckt sich der NAV auf das Gebiet mehrerer Kantone, ist für dessen Erlass der Bundesrat, andernfalls der Kanton zuständig (Art. 359 a Abs. 1 OR).

Vom Bundesrat wurden die folgenden, heute in Kraft stehenden NAV erlassen: NAV für das Erziehungspersonal von Heimen und Internaten vom 11. Juni 1970 (AS 1970, 737); NAV für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971 (AS 1971, 697); NAV über Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966 (AS 1966, 648); NAV für Privatgärtner vom 17. Februar 1970 (AS 1970, 253); NAV für das Käsereipersonal vom 22. August 1973 (AS 1973, 1207); NAV für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971 (AS 1971, 1832).

5 Vgl. Art. 4 des NAV des Kantons Zürich für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis sowie Art. 10 des NAV des Kantons Zürich für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis (Zürcher Gesetzessammlung, Band 44, S. 670 und S. 676).

schränkung des Kündigungsrechts bewirken die eidgenössischen NAV für das Erziehungspersonal von Heimen und Internaten (1), für das Pflegepersonal (2) sowie für das Käsereipersonal (3), welche für die Kündigungserklärung Schriftform fordern.

Als eigentliche vertragliche Rechtsquellen stehen für die Regelung weiterer Kündigungsbeschränkungen EAV und GAV zur Verfügung. Der EAV kommt durch Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zustande. Diese Einzelvereinbarung kann schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (4). Der EAV ist kaum geeignet, den Kündigungsschutz im Interesse des Arbeitnehmers auszubauen. Allein auf sich gestellt, wird es dem Arbeitnehmer nur in seltenen Fällen gelingen, im Rahmen der Vertragsverhandlungen die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers über die gesetzliche Regelung hinaus zu beschränken. In einer wesentlich stärkeren Position befinden sich die Arbeitnehmer beim Abschluss eines GAV, dessen Rechtsnatur im folgenden Abschnitt dargestellt werden soll.

2. Der Gesamtarbeitsvertrag

Durch den GAV stellen Arbeitgeber oder deren Verbände und Arbeitnehmerverbände gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf (5). Abgeschlossen werden GAV somit durch Gewerkschaften einerseits sowie einzelne Arbeitgeber (6) oder deren Verbände (7) anderseits. Der Grundgedanke für die Normierung einer sol-

-
- 1 Art. 4 Abs. 3 des NAV für das Erziehungspersonal von Heimen und Internaten (AS 1970, 737).
 - 2 Art. 5 Abs. 2 des NAV für das Pflegepersonal (AS 1971, 1832).
 - 3 Art. 3 Abs. 2 des NAV für das Käsereipersonal (AS 1973, 1207).
 - 4 Rehbinden, S. 28.
 - 5 Legaldefinition des Art. 356 Abs. 1 OR.
 - 6 Sog. Firmen-, Werk- oder Hausverträge. Kein GAV ist hingegen die Betriebsvereinbarung, eine zwischen einem Arbeitgeber und der Betriebskommission getroffene Regelung, welcher sämtliche Arbeitnehmer des Betriebes, unabhängig von ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit, unterstellt sind.
 - 7 Sog. Verbandsverträge. Als zweiseitig korporative Verträge bilden sie die klassischen GAV.

chen Rechtsquelle war im wesentlichen, dass durch die Anerkennung der Gewerkschaften als Vertragspartner von Kollektivvereinbarungen die ungleiche Machtstellung zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer ausgeglichen und somit die für die Vertragsfreiheit wesentliche "balance of power" garantiert werden sollte (1). Dem Arbeitgeber sollte bei der Festsetzung der Arbeitsbedingungen dadurch ein nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich gleichberechtigter Vertragspartner gegenübergestellt werden (2).

Den Inhalt des GAV bilden zunächst Bestimmungen über Rechte und Pflichten der Vertragspartner, d.h. der beteiligten Koalitionen (3). Insoweit ist der GAV ein allgemeiner schuldrechtlicher Vertrag. Weitere Bestimmungen regeln das Verhältnis zwischen den einzelnen beteiligten Arbeitnehmern und Arbeitgebern, ohne unmittelbar zwischen diesen Rechte und Pflichten zu begründen (4). Den wichtigsten Teil des GAV bilden schliesslich die normativen Bestimmungen. Diese Bestimmungen regeln die arbeitsvertragliche Stellung der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber und haben eine gesetzesähnliche Bedeutung (5). Denn während der Dauer des GAV gelten diese kollektiv gestalteten Arbeitsbedingungen unmittelbar für die in den Koalitionen organisierten Arbeitnehmer und Arbeitgeber und können nicht wegbedungen werden (6). Der normative Teil des GAV kann Vorschriften über Abschluss, Inhalt und Beendigung

1 Vischer, S. 294 und S. 448.

2 BGE 74 II 159.

3 Art. 356 Abs. 3 OR. Sog. schuldrechtliche Bestimmungen, welche die vertragsschliessenden Verbände verpflichten und berechtigen. Beispiele: Regelung von Friedens-, Einwirkungs-, Durchführungs- und Kontrollpflichten.

4 Art. 356 Abs. 2 OR. Beispiele: Vertragsleistungen an Kassen, Vertretungen im Betrieb.

5 Die Rechtsnormen der GAV sind als autonomes Satzungsrecht Gesetze im materiellen Sinn (Rehbinder, S. 156).

6 Art. 357 Abs. 2 OR (Unabdingbarkeitsprinzip). Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung besteht die Möglichkeit, Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer zu treffen (Günstigkeitsprinzip). Die GAV können deshalb nur Mindestarbeitsbedingungen festsetzen.

der einzelnen Arbeitsverhältnisse aufstellen (1). Damit bestünde grundsätzlich die Möglichkeit zur Einführung eines wirksamen Kündigungsschutzes durch GAV. Indessen ist auch bei der Gestaltung von Kündigungsbeschränkungen durch Kollektivvereinbarungen stets das zwingende Gesetzesrecht zu beachten (2). Für die Zulässigkeit vertraglicher Kündigungsbeschränkungen gelten deshalb für GAV und EAV dieselben rechtlichen Kriterien.

Der Geltungsbereich der Rechtsnormen eines GAV ist auf die in den vertragsschliessenden Koalitionen organisierten Arbeitnehmer und Arbeitgeber beschränkt (3). Für weitere Arbeitnehmer und Arbeitgeber besteht die Möglichkeit, mit Zustimmung der Vertragsparteien ihren Anschluss zum GAV zu erklären (4). Oft werden GAV beim Abschluss eines Einzelarbeitsvertrages wie allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, sodass die von den Gewerkschaften ausgehandelten Arbeitsbedingungen auch Nichtmitgliedern zugute kommen (5). Die Zwecke des GAV können auf diese Weise indessen meist nicht in befriedigender Art erreicht werden, da der GAV zahlreiche Aussenseiter nicht erfassen kann. Mit dem BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV vom 28. September 1956 (6) wurde die Grundlage geschaffen, den Geltungsbereich des GAV durch behördliche Anordnung auf alle Angehörigen eines Erwerbszweiges auszudehnen. Insbesondere können die normativen Bestimmungen Gegenstand der Allgemeinverbindlicherklärung sein (7). Damit könnten Bestimmungen eines GAV mit Kündigungsbeschränkungen für alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber des betreffenden Wirtschaftszweiges als verbindlich erklärt werden.

1 Art. 356 Abs. 1 OR.

2 Art. 358 OR. Ein GAV darf insbesondere nicht gegen zwingende Vorschriften des Arbeitsvertragsrechtes verstossen.

3 Art. 357 Abs. 1 OR. Zu den tarifgebundenen Personen gehören auch die Mitglieder eines dem GAV beigetretenen Verbandes (Art. 356 Abs. 4 OR).

4 Art. 356 b Abs. 1 OR.

5 Insbesondere in Zeiten der Voll- und Ueberbeschäftigung zutreffend (Rehbinder, S. 170).

6 AS 1956, 1543.

7 Art. 1 Abs. 2 des BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV.

Die GAV erfüllen eine wichtige Funktion in der schweizerischen Sozialpolitik (1). Einerseits regeln sie Fragen, welche ein Staat mit freier Wirtschaftsordnung bewusst offenlässt (2). Andererseits bereiten die GAV neue gesetzliche Regelungen vor. Dieser besondere Charakter zeigt sich in den zahlreichen Bemerkungen der bundesrätlichen Botschaft, die Lösung bestimmter Probleme sei den Sozialpartnern zu überlassen (3). Die GAV erweisen sich somit als taugliches Instrument zur Fortbildung und zum Ausbau des Kündigungsschutzes.

C. Zweiseitig zwingende Bestimmungen gemäss Art. 361 OR

1. Allgemeines

Das Arbeitsvertragsrecht des OR enthält dispositive, "absolut" oder zweiseitig zwingende (4) und relativ zwingende Vorschriften. Grundsätzlich stellen die Gesetzesbestimmungen nachgiebiges Recht dar, entsprechend dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Die dispositiven Normen gelten nur dann, wenn EAV, NAV oder GAV nichts Abweichendes enthalten. Der Eigenschaft des Arbeitsrechtes als Arbeitnehmerschutzrecht entspricht es nun, dass eine grosse Zahl von Vorschriften unter die zwingenden Bestimmungen eingereiht wurde. Die 55 relativ zwingenden Vorschriften des Art. 362 Abs. 1 OR schreiben einen Mindeststandard zugunsten des Arbeitnehmers vor; abweichende Regelungen zu seinen Ungunsten sind unzulässig. Art. 361 Abs. 1 OR stellt einen Katalog von 24 zweiseitig zwingenden Vorschriften auf, von denen weder zu Ungunsten des Arbeitnehmers noch des Arbeitgebers abgewichen werden darf (5). Die Aufzählung der zwingenden Vorschriften ist abschliessend (6).

-
- 1 Zur Verbreitung der GAV vgl. unten 4. Teil Bl.
 - 2 Beispielsweise Mindestlöhne.
 - 3 Botschaft, BBl. 1967 II 241 ff.
 - 4 Die allgemein als "absolut zwingend" bezeichneten Bestimmungen werden in dieser Arbeit "zweiseitig zwingend" genannt, entsprechend einer Bezeichnung von Daxelhofer, S. 17 ff. Die folgende Untersuchung wird zeigen, dass diese Bezeichnung den Vorzug verdient.
 - 5 Die Berechtigung des Art. 361 OR ist fragwürdig. Im Arbeitsrecht (als Arbeitnehmerschutzrecht) sollte stets das Günstigkeitsprinzip gelten (Ausnahmen sind bei Formvorschriften denkbar).
 - 6 Botschaft, BBl. 1967 II 291; Streiff, N. 6 zu Art. 361 OR.

2. Keine absolute Unabänderlichkeit der zweiseitig zwingenden Bestimmungen

Art. 361 Abs. 1 OR verbietet, die angeführten Gesetzesbestimmungen vertraglich zu Ungunsten des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers abzuändern. Es fragt sich, ob diese Bestimmungen damit absolut unabänderlich sind und jede Vereinbarung mit abweichendem Inhalt ungültig ist. In der Literatur wird auf dieses Problem selten näher eingegangen; man begnügt sich meist mit dem allgemeinen Hinweis auf den absolut zwingenden Charakter der erfassten Vorschriften (1). Die aufgeworfene Frage ist durch Ermittlung des in Art. 361 OR niedergelegten Gedankeninhaltes anhand der allgemeinen Auslegungskriterien (2) zu beantworten. Rechtliche Bestimmungen sind in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihnen zugrunde liegenden Wertungen, auszulegen (3). Ausgangspunkt bildet somit der Gesetzeswortlaut. Art. 361 Abs. 1 OR wurde bereits erwähnt; Abs. 2 dieser Bestimmung lautet:

"Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den vorstehend angeführten Vorschriften zu Ungunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig."

Somit wird ausdrücklich nicht jede Abweichung für nichtig erklärt. Unzulässig sind nur solche Abreden, welche sich zu Ungunsten des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers auswirken (4). Streiff folgert allein aus der Formulierung, dass Art. 361 OR nicht unabänderlich sei, sondern dass vielmehr von den angeführten Normen zugunsten beider Arbeitsvertragsparteien abgewichen werden könne (5). Zu ermitteln ist die ratio legis von Art. 361 OR. Auszugehen ist zweifellos vom Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers. Die Auswirkungen der betrieblichen und persön-

-
- 1 Vgl. etwa Rehbinder, S. 29 oder Vischer, S. 293, welche der Umschreibung in der Botschaft folgen (BBl. 1967 II 289 und 423 f.).
 - 2 Ueber diese näheres bei Arthur Meier - Hayoz, Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, Bern 1966, N. 132 ff.
 - 3 BGE 104 Ia 244, Erw. b.
 - 4 Daxelhoffer, S. 17.
 - 5 Streiff, N. 2 zu Art. 361 OR.

lichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers sind nicht zu negieren und wurden vom Gesetzgeber erkannt (1). Wichtige Arbeitsbedingungen wurden deshalb zum Schutz des Arbeitnehmers für zwingend erklärt. Die Ausgestaltung von relativ zwingenden Vorschriften hätte dazu ausgereicht. Die letzte Revision des Arbeitsvertragsrechtes fand indessen in einer Zeit der Voll- und Ueberbeschäftigung statt. Es herrschte die Auffassung vor, das Arbeitsrecht hätte nicht mehr nur einseitig dem Schutz des Arbeitnehmers zu dienen (2). Begründet wurde diese Ansicht nicht nur mit der Ueberbeschäftigung als Dauerzustand, sondern mit einer infolge der veränderten Arbeitsbedingungen gesteigerten Verantwortung des Arbeitnehmers (3). Die in Art. 361 OR enthaltene Regelung bezweckt deshalb die Sicherung des vom Gesetzgeber angestrebten Interessenausgleiches zwischen den beiden Vertragsparteien (4). Der Interessenschutz soll dabei zugunsten des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers bestehen. Aus diesem Grunde wurden in Art. 361 Abs. 2 OR alle abweichenden Bestimmungen, welche sich zu Ungunsten einer Partei auswirken, für nichtig erklärt. Somit ergibt sich, dass für die Frage der Abänderlichkeit oder Unabänderlichkeit der zweiseitig zwingenden Bestimmungen von den geschützten Interessen auszugehen ist (5). Diese Interessen der Kontrahenten sind meist gegensätzlicher Natur, können aber auch parallel verlaufen. Unsere Frage kann deshalb nicht generell und allgemeingültig für alle zweiseitig zwingenden Bestimmungen beantwortet werden; eine differenzierte Auslegung wird notwendig (6).

1 Botschaft, BBl. 1967 II 274 unten; Sten. Bull. NR 1969, 398 (Berichterstatte Hofstetter).

2 Hug, Revision, S. 199.

3 Botschaft, BBl. 1967 II 274.

4 Die Botschaft begründete den zweiseitig zwingenden Gehalt der einzelnen Bestimmungen gewöhnlich mit folgender Kommentierung: "Da die Vorschrift die Interessen beider Parteien schützen will, wird sie unter die absolut zwingenden Vorschriften eingereiht" (BBl. 1967 II 339, 376, 387).

5 Schutzobjekte sind zunächst die Persönlichkeit und das Vermögen des Arbeitnehmers. Beim Arbeitgeber ging es dem Gesetzgeber in erster Linie um den Vermögensschutz.

6 Im Parlament wurde bei der Gesetzesberatung nicht über die Bedeutung von Art. 361 OR diskutiert (Sten. Bull. NR 1969, 860 f. und Sten. Bull. SR 1970, 366).

In seiner Dissertation über die zweiseitig zwingenden Bestimmungen unterteilt Daxelhoffer die 24 in Art. 361 OR angeführten Bestimmungen in vier Gruppen (1). Bei den ersten beiden Kategorien handelt es sich um Vorschriften, welche durch gesetzgeberisches Versehen unter Art. 361 OR eingereiht wurden. Die eine Gruppe umfasst ihrem Charakter nach dispositive Normen; Beispiel: Art. 321 c Abs. 3 OR (Ueberstunden), wo ausdrücklich anderslautende Abmachungen vorbehalten werden. Die zweite Gruppe stellt eindeutige Mindestschutznormen zugunsten des Arbeitnehmers auf. Als Beispiele seien angeführt Art. 331 Abs. 3 OR (Pflichten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Personalfürsorge) und Art. 329 d Abs. 1 OR (Ferienlohn), welche richtigerweise in den Katalog des Art. 362 OR gehörten.

Die übrigen zwei Kategorien lassen sich entsprechend ihrem Schutzbereich wie folgt umschreiben. Einerseits existieren Mindestschutznormen zugunsten beider Parteien bei parallel oder entgegengesetzt verlaufenden Interessen (2). Sinngemäss sind damit paritätische Regelungen, welche über den gesetzlichen Mindestschutz hinausgehen, zulässig. Denn diese Erweiterungen innerhalb des gesetzlichen Schutzbereiches (3) wirken sich stets zugunsten beider Parteien aus. Dies unabhängig davon, ob die geschützten Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber parallel oder entgegengesetzt verlaufen. Zu Recht legte deshalb der Gesetzgeber in Art. 361 Abs. 2 OR nicht generell fest, abweichende Vereinbarungen seien nichtig. Denn solange sich vertragliche Abreden zugunsten beider Parteien auswirken, ist gegen eine Abweichung vom Gesetzesrecht nichts einzuwenden. Es rechtfertigt sich aus diesem Grunde, die Vorschriften des Art. 361 OR als "zweiseitig zwingende"

1 Daxelhoffer, S. 27 f.

2 Als Beispiele für Bestimmungen mit parallel verlaufenden Interessen seien angeführt: Art. 325 Abs. 1 OR (Abtretung und Verpfändung von Lohnforderungen) oder Art. 336 b Abs. 2 OR (Kündigungsfrist beim überjährigen Arbeitsverhältnis). Beispiele bei entgegengesetzter Interessenlage: Art. 336 c OR (Kündigung beim landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnis), Art. 350 OR (Besondere Kündigung des Handelsreisendenvertrages) oder Art. 336 Abs. 2 OR (Paritätsgebot bezüglich der Kündigungsfristen).

3 Ausserhalb des gesetzlichen Schutzbereiches sind sowohl paritätische als auch einseitige vertragliche Regelungen zulässig. Bei der Interpretation einer unter Art. 361 OR fallenden Bestimmung ist deshalb als erstes stets der gesetzlich geschützte Bereich, d.h. die vom Gesetz geregelte Materie, zu bestimmen.

Bestimmungen zu bezeichnen. Andererseits besteht eine vierte Kategorie von Bestimmungen, welche den definitiven Ausgleich der schützenswerten Parteiinteressen anstrebt. Diese Interessen sind stets gegenläufig. Durch Normierung eines angemessenen Ausgleiches wollte der Gesetzgeber im allgemeinen Interesse eine unabänderliche Rechtslage aufstellen. Allein diese Vorschriften können als "absolut zwingende" bezeichnet werden, da sie unabänderlich sind.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht alle zweiseitig zwingenden Vorschriften unabänderlich sind. Die Bedeutung und Auswirkung der Einreihung unter die Bestimmungen des Art. 361 OR kann nicht allgemeingültig beschrieben werden. Gestützt auf die geschützten Parteiinteressen ist eine differenzierte Auslegung vorzunehmen. Die angeführte Einteilung in verschiedene Kategorien kann dabei nutzbringend herangezogen werden. Am Anfang jeder Interpretation muss die Bestimmung des Umfanges des gesetzlichen Schutzbereiches stehen. Denn die zwingende Natur einer Vorschrift wirkt sich nur auf die vom Gesetzgeber erfasste Materie aus. Im Zusammenhang mit der zentralen Fragestellung dieser Arbeit ergibt sich folgendes Ergebnis: Allein aus der zweiseitig zwingenden Natur der gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen darf nicht gefolgert werden, weitergehende vertragliche Beschränkungen der Kündigungsfreiheit seien unzulässig.

D. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen durch Vertrag

Es sind verschiedene Möglichkeiten denkbar, die gesetzliche Ordnung der Kündigung zur Unzeit abzuändern. Neben einer vertraglichen Wegbedingung oder Reduktion der in Art. 336 e und f OR aufgestellten Sperrfristen kommen deren Verlängerung über die gesetzliche Dauer hinaus und die Einführung weiterer Schutztatbestände in Frage. Eine Ausdehnung des zeitlichen Kündigungsschutzes kann paritätisch oder einseitig zugunsten einer Partei erfolgen. Es ist zu prüfen, welche dieser aufgezeigten Möglichkeiten durch EAV oder GAV realisiert werden können.

Ein Wegbedingen oder Verkürzen der gesetzlichen Kündigungs-sperrzeiten bei Militär- und Zivilschutzdienst, unverschuldeter Krankheit oder Unfall, Niederkunft einer Arbeitnehmerin sowie bei einer Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland ist zweifellos unzulässig (1). Denn sowohl eine einseitige als auch eine paritätische Reduktion des gesetzlichen Kündigungsschutzes wirkt sich stets zu Ungunsten einer oder gar beider Arbeitsvertragsparteien aus und ist gemäss Art. 361 Abs. 2 OR nichtig. Bei der Regelung der Art. 336 e und f OR handelt es sich um ein gesetzliches Mindestmass an Kündigungsbeschränkungen (2). Dieser minimale Schutz darf nicht eingeschränkt werden. Ein vertraglicher Verzicht auf den gesetzlichen Kündigungsschutz ist somit nicht möglich (3).

1. Paritätische Erweiterung der zeitlichen Kündigungsbeschränkungen

Die gesetzliche Ordnung der unzeitigen Kündigung wurde ausführlich dargestellt (4). Weiter zeigte sich, dass die zweiseitig zwingende Natur von Art. 336 e und f OR nicht von vornherein Kündigungsbeschränkungen durch Vertrag ausschliesst (5). Aufgrund des Schutzbereiches dieser Vorschriften ist abzuklären, ob eine vertragliche Verlängerung der gesetzlichen Sperrfristen und die Einführung weiterer Kündigungsverbote zugunsten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, d.h. paritätisch im Interesse beider Vertragsparteien, zulässig ist.

Der Gesetzgeber verstand Art. 336 e und f OR als Einheit (6). Diese Kündigungsbeschränkungen wollen verhindern, dass die Kündigung

1 In der Lehre unbestritten. Vgl. Daxelhofer, S. 98.

2 Dies wird noch näher begründet; unten D2.

3 Wenn sich die Parteien darüber einig sind, können sie bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise auf den Kündigungsschutz verzichten. Denn nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ist ein Aufhebungsvertrag jederzeit zulässig (Botschaft, BBl. 1967 II 382; Rehbinder, S. 102).

4 Oben 2. Teil C1.

5 Oben 3. Teil C2.

6 Botschaft, BBl. 1967 II 337 f.

des Arbeitsverhältnisses zu einer Zeit erklärt oder wirksam wird, in der sich die Kündigung besonders ungünstig auswirkt. So schützt Art. 336 e OR den Arbeitnehmer in Fällen, in denen er nicht in der Lage ist, sich nach einer neuen Stelle umzusehen, und somit einer erhöhten sozialen Sicherheit bedarf (1). Die Regelung zugunsten des Arbeitgebers wurde vom Bundesrat mit der veränderten Beschäftigungslage begründet, welche eine weitgehende Gleichstellung der Vertragsparteien rechtfertigt. Nicht nur die besondere Situation des Arbeitgebers, sondern auch das Interesse des Betriebes und der Mitarbeiter rufe nach einer entsprechenden Kündigungsbeschränkung (2). Der Zweck der gesetzlichen Beschränkungen der Kündigungsfreiheit in den vier Fällen von "Unzeiten" lässt sich somit wie folgt umschreiben: Vorübergehende Sicherung des Arbeitsplatzes einerseits und Garantie der Kontinuität im Betrieb andererseits. Dem jeweiligen Interesse von Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber steht dabei das Interesse des Vertragspartners nach Erhalt grösstmöglicher Kündigungsfreiheit gegenüber. Aus diesen Umständen ergibt sich, dass Art. 336 e und f OR Mindestschutznormen bei entgegengesetzt verlaufenden Interessen darstellen. Bei dieser Normenkategorie des Art. 361 OR sind sinngemäss paritätische Regelungen, welche über den gesetzlichen Mindestschutz hinausgehen, zulässig (3). Die paritätische Verlängerung der gesetzlichen Sperrfristen und die Einführung von zeitlichen Kündigungsbeschränkungen für weitere Tatbestände durch EAV oder GAV sind somit zulässig.

Von dieser Ansicht ging auch der Gesetzgeber anlässlich der Revision des Arbeitsvertragsrechtes im Jahre 1971 aus. Jedenfalls ist der bundesrätlichen Botschaft folgende Stellungnahme zu entnehmen:

1 Vischer, S. 412. Vgl. auch Botschaft, BBl. 1967 II 379.

2 Botschaft, BBl. 1967 II 380.

3 Oben C2.

"Gegenüber der vorgeschlagenen Wirkung der Kündigungsbeschränkungen ist im Vernehmlassungsverfahren kein grundsätzlicher Einwand erhoben worden; es wurde lediglich von Arbeitnehmerseite gefordert, dass weitergehende vertragliche Kündigungsbeschränkungen, wie sie heute schon in Gesamtarbeitsverträgen vorgesehen werden, zulässig sein sollen. Der Entwurf reiht die Vorschriften der Art. 336 e und f unter die absolut zwingenden ein (Art. 361). Dies schliesst - dem Schutzgedanken der Vorschriften entsprechend - nicht aus, dass zugunsten der Vertragsparteien weitergehende Kündigungsbeschränkungen durch Abrede oder Gesamtarbeitsvertrag festgelegt werden können. So könnte zum Beispiel bestimmt werden, dass während der ganzen Dauer der Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers bzw. des Arbeitgebers wegen Krankheit oder Unfall nicht gekündigt werden darf" (1).

Dieselbe Meinung wurde auch innerhalb der nationalrätlichen Kommission vertreten (2). In den parlamentarischen Beratungen wurde die Bedeutung des zwingenden Gehaltes von Art. 336 e und f OR nicht diskutiert (3). Nun darf der Wert der Materialien nicht überschätzt werden. Denn eine rechtliche Bestimmung ist in erster Linie aus sich selbst und nicht aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte auszulegen. Sofern die Materialien jedoch eine klare Antwort geben, kann die Entstehungsgeschichte bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen ein Hilfsmittel zur Ermittlung von Sinn und Zweck der Norm sein (4). Bezüglich der Frage der Zulässigkeit weiterer zeitlicher Kündigungsbeschränkungen durch vertragliche Abreden sind die Materialien klar und eindeutig. Die in der bundesrätlichen Botschaft vertretene Meinung wurde bei den Kommissions- und Parlamentsberatungen stets anerkannt und nie in Frage gestellt (5). Somit verstand auch der Gesetzgeber die Regelung der Art. 336 e und f OR als Mindestschutz und nicht als abschliessende, endgültige Ordnung des zeitlichen Kündigungsschutzes. Der Argumenta-

1 Botschaft, BBl. 1967 II 382.

2 Nationalrätliche Kommission, Protokoll IV / 58.

3 Sten. Bull. NR 1969, 829 f. und 1970, 820; Sten. Bull. SR 1970, 358 ff. und 1971, 73.

4 BGE 104 Ia 244, BGE 103 II 304. Grundsätzlich sind die Vorarbeiten weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend. Insbesondere sind Stellen- und Personenäusserungen nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht zum Ausdruck kommen (BGE 103 Ia 288).

5 Vgl. etwa Sten. Bull. NR 1969, 829 f. und 1970, 820; Sten. Bull. SR 1970, 358 ff. und 1971, 73.

tion der Botschaft folgend, sprechen sich auch Geiser (1), Orlando (2) und Konopka (3) für eine paritätische Ausdehnung der Kündigungsverbote zur Unzeit durch Vertrag aus. Rehbinden befürwortet einen weitergehenden vertraglichen Kündigungsschutz unter der Voraussetzung, dass die Regelung für den Arbeitnehmer nicht ungünstiger ist als für den Arbeitgeber (4). Diese Voraussetzung trifft bei einem paritätischen Ausbau der zeitlichen Kündigungsbeschränkungen zu. Gleicher Ansicht sind Schweingruber (5) und Triponez (6), welche insbesondere für eine einseitige Erweiterung zugunsten des Arbeitnehmers Stellung beziehen.

Eine gegenteilige Ansicht vertritt Daxelhoffer. Er betrachtet die in den Art. 336 e und f OR getroffene Regelung als abschliessende, unabänderliche Ordnung (7). Dies gehe einerseits daraus hervor, dass diese Vorschriften eine Einschränkung des allgemein geltenden Grundsatzes der Kündigungsfreiheit bewirkten. Andererseits dränge sich ein Vergleich mit Art. 336 c OR (Kündigung beim landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnis) auf. Jene Bestimmung lasse eine Verlängerung der Fristen aufgrund des Wortlautes "wenigstens sechs Wochen" ausdrücklich zu. Dass sich bei Art. 336 e OR keine solche Umschreibung finde, lasse den Schluss zu, die darin erwähnten Sperrfristen verkörperten keine Mindestfristen (8). Diese Argumentation ist unzutreffend. Allein aus dem Vergleich von Wortlaut und Formulierung der beiden - in keinem engen Verhältnis zueinander stehenden - Gesetzesvorschriften lässt sich keine schlüssige Interpretation vornehmen, will man nicht Formaljurisprudenz betreiben. Abzustellen ist in erster Linie auf Sinn und Zweck der Art. 336 e und f OR, aus denen sich ihre Natur als Mindestschutznormen ergibt.

-
- 1 Geiser, S. 64.
 - 2 Orlando, S. 197.
 - 3 Konopka, S. 190.
 - 4 Rehbinden, S. 102.
 - 5 Schweingruber, N. 6 zu Art. 336 e OR.
 - 6 Triponez, S. 171.
 - 7 Daxelhoffer, S. 101.
 - 8 Daxelhoffer, S. 101.

Gegen die Auslegung, vertragliche Abreden würden nicht ausgeschlossen, wendet sich auch Brühwiler. Er hält es für undenkbar, dass sich eine Sperrfristenverlängerung nicht zwangsläufig zu Ungunsten der einen oder anderen Partei auswirken würde (1). Dagegen ist einzuwenden, dass es für die Frage der Zulässigkeit nicht von Bedeutung ist, wie sich eine paritätisch erweiterte Regelung in einem konkreten Einzelfall auswirken könnte (2). Abzustellen ist einzig auf den objektiv geschützten Interessenbereich der Parteien, welcher bei einer paritätischen Erweiterung zugunsten beider Parteien vergrössert wird.

2. Einseitige Erweiterung der zeitlichen Kündigungsbeschränkungen

Eine Verlängerung der gesetzlichen Kündigungssperrfristen sowie die Regelung weiterer Kündigungsschutztatbestände einseitig zugunsten des Arbeitnehmers erscheint erstrebenswert. Bei den gesetzlichen Sperrfristen ist insbesondere im Falle unverschuldeter Arbeitsverhinderung zufolge Krankheit oder Unfall eine längerfristige Sicherung des Arbeitsplatzes von grosser Bedeutung (3). Neben den gesetzlich geschützten "Unzeiten" bestehen zahlreiche weitere Situationen, in denen der Arbeitnehmer in der Suche nach einer neuen Arbeitsstelle beeinträchtigt ist und somit eines erhöhten Schutzes bedarf. So wün-

1 Brühwiler, Vorbemerkung zu Art. 336 e OR.

2 So ist es zulässig, dass ein Arbeitgeber mit seinem früher häufig erkrankten Arbeitnehmer eine zugunsten beider Parteien erweiterte Regelung der Kündigungsbeschränkungen bei unverschuldeter Krankheit vereinbart. Denn damit wird objektiv der Schutzbereich beider Parteien erweitert.

3 Speziell bei länger dauernden Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers aufgrund von Art. 324 a OR oder einer Regelung im GAV (Taggeldversicherungen) erscheint eine Angleichung der Kündigungssperrfristen dringend notwendig.

schenswert eine Erweiterung ausschliesslich zugunsten des Arbeitnehmers ist, sie ist m.E. unzulässig (1). Das Fristenparitätsgebot des Art. 336 Abs. 2 OR sowie die zwingende Natur der Art. 336 e und f OR verbieten eine solche Regelung.

a) Das Fristenparitätsgebot des Art. 336 Abs. 2 OR

Art. 336 Abs. 2 OR schreibt zwingend vor, dass für Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden dürfen (2). Das Fristenparitätsgebot bezweckt primär den Schutz des Arbeitnehmers (3). Die gesetzliche Rechtsfolge bei widersprechenden Abreden zeigt indessen, dass die Paritätsidee auch in diesem Fall dem Schutz- und Günstigkeitsprinzip übergeordnet wurde. Werden vertraglich ungleiche Kündigungsfristen vereinbart, so gilt für beide Parteien die längere Frist (4). Diese Rechtsfolge tritt ungeachtet des Umstandes ein, für welche Partei eine längere Kündigungsfrist vereinbart

-
- 1 A.M. Rehbindler, S. 102, und Schweingruber, N. 6 zu Art. 336 e OR. Diese Autoren befürworten einen Ausbau des zeitlichen Kündigungsschutzes unter der Voraussetzung, dass die Regelung für den Arbeitnehmer nicht ungünstiger ist als für den Arbeitgeber. Dies trifft bei einseitigen Kündigungsbeschränkungen zugunsten des Arbeitnehmers zu. Schweingruber führt in seinem Kommentar als Beispiel einer zulässigen einseitigen Beschränkung den Fall eines im Ausland tätigen Arbeitnehmers an, welcher für die Dauer seines Auslandsaufenthaltes auf die Ausübung des Kündigungsrechtes verzichtet hat (Schweingruber, N. 5 zu Art. 336 OR; es handelt sich hierbei um eine zeitliche, und nicht wie überschrieben, um eine sachliche Kündigungsbeschränkung). Auch Triponez, S. 172, bejaht in "Extremfällen" selbst eine einseitige Verpflichtung des Arbeitnehmers, während einer gewissen Zeitspanne nicht zu kündigen.
 - 2 Aufgrund von Art. 347 Abs. 3 alt OR war die vertragliche Vereinbarung ungleicher Kündigungsfristen schon vor der Revision des Dienstvertragsrechts untersagt. Das alte Recht enthielt bezüglich der Rechtsfolge bei Verletzung des Paritätsgebotes eine Lücke, welche vom Bundesgericht im Sinne der heutigen Regelung ausgefüllt wurde (BGE 92 II 182 und die dort angeführten Entscheide).
 - 3 Schweingruber, N. 4 zu Art. 336 OR; Triponez, S. 64 ff.
 - 4 Art. 336 Abs. 2 Satz 2 OR.
Das Verbot ungleicher Kündigungsfristen wurde vom Gesetzgeber für zwingend erklärt (Art. 361 Abs. 1 OR). Dies lässt den Schluss zu, dass er von der absoluten Parität der Kündigungsfristen ausging.

wurde. Obschon die Parität auf der Basis der längeren Kündigungsfrist den Arbeitnehmer vor Benachteiligung zu schützen vermag, kann sie in zahlreichen Situationen negative Auswirkungen für diesen haben (1).

Nun beschränkt sich das Fristenparitätsgebot des Art. 336 Abs. 2 OR zweifellos auf die Befristung und Terminierung der Kündigung und verbietet nicht generell jede ungleiche Kündigungsmöglichkeit (2). Im besonderen berührt diese Vorschrift die sachlichen Kündigungsbeschränkungen in keiner Weise (3). Andererseits hat das formelle Fristenparitätsgebot nicht nur Auswirkungen auf die Kündigungsfristen gemäss den Art. 336 a - d OR. Die Bestimmung des Art. 336 Abs. 2 OR will generell eine paritätische, gleichartige Befristung des Arbeitsverhältnisses für Arbeitnehmer und Arbeitgeber in zeitlicher Hinsicht herbeiführen und betrifft somit auch die Regelung der Kündigung zur Unzeit. Die Sperrfristen der Art. 336 e und f OR enthalten bekanntlich eine zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechtes und tangieren unmittelbar den Lauf der Kündigungsfristen. Besonders deutlich drückt dies Art. 336 e Abs. 2 OR aus: Der Fristenlauf einer vor der Sperrzeit gültig erfolgten Kündigung wird durch die Sperrfrist unterbrochen und erst nach deren Beendigung fortgesetzt. Hätte Art. 336 Abs. 2 OR keine Auswirkungen auf die unzeitige Kündigung, könnte das Verbot ungleicher Kündigungsfristen durch einseitige zeitliche Kündigungsbeschränkungen leicht umgangen werden. Aus diesen Ueberlegungen ergibt sich, dass bei einer vertraglichen Verlängerung der gesetzlichen Sperrfristen und der Einführung weiterer zeitlicher Kündigungsverbote das Fristenparitätsgebot zu beachten ist. Indem jede einseitige Erweiterung der Kündigungsbeschränkungen zur Unzeit zugunsten des Arbeitnehmers einen Einbruch in

-
- 1 Vgl. die kritischen Bemerkungen zur heutigen Regelung bei Schwein-
gruber, N. 4 zu Art. 336 OR, und Triponez, S. 96.
 - 2 Dieser unzutreffenden Ansicht ist wohl Brühwiler, N. 4 zu Art. 336
OR.
 - 3 Die sachlichen Kündigungsbeschränkungen bewirken keine spezielle
zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechtes und tangieren den Lauf
der Kündigungsfristen nicht. Vgl. unten E3.

das Prinzip der formellen Parität (1) bedeutet, verstösst sie gegen Art. 336 Abs. 2 OR.

Seine gegenteilige Ansicht begründet Triponez damit, dass sich die Paritätsidee auf die Befristung der "normalen Kündigung" beschränke (2). Ausserdem sei das Interesse des Arbeitgebers an einem solchen Kündigungsschutz gering und die zwingende Ausgestaltung der Art. 336 e und f OR ein Fehlgriff des Gesetzgebers. So habe der Gesetzgeber selbst in gewissen Fällen den Paritätsgrundsatz durchbrochen (3). Es ist zutreffend, dass das Arbeitsvertragsrecht einige Ausnahmen vom Fristenparitätsgebot macht (4). Dies ändert nichts daran, dass die zweiseitig zwingende Ausgestaltung der zeitlichen Kündigungsbeschränkungen dem formalen Paritätsgedanken entsprungen ist (5) und der Gesetzgeber in diesem Bereiche eben gerade keine Ausnahme aufgestellt hat. Auch Schweingruber bejaht unter dem Gesichtspunkt des Verbotes ungleicher Kündigungsfristen die Zulässigkeit einseitiger Kündigungsbeschränkungen (6). Eine Abweichung vom Fristenparitätsprinzip müsse indessen begründet sein und die eine Partei nicht der Willkür der anderen aussetzen (7). Diese Ausführungen beziehen sich in erster Linie auf sach-

-
- 1 Von Bedeutung ist lediglich die formelle Gleichstellung. Denn von materieller Parität im Sinne einer völligen Gleichstellung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann angesichts der verschiedenartigen Ausgangslage und der ungleichen Auswirkungen der Beendigung ohnehin nicht gesprochen werden.
 - 2 Triponez, S. 133.
 - 3 Triponez, S. 168. Er stützt sich im weiteren auf die bei Schweingruber vertretene Ansicht, eine einschränkende Auslegung des Fristenparitätsgebotes sei angezeigt. Schweingruber bezieht sich speziell auf jene Fälle, in denen im Interesse des Arbeitnehmers in Zeiten der Vollbeschäftigung für diesen eine kürzere Frist vereinbart wurde (Schweingruber, N. 4 zu Art. 336 OR).
 - 4 Art. 336 c OR über die Kündigung des landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnisses mit Hausgemeinschaft, Art. 350 OR über die Kündigung des Handelsreisendenvertrages.
 - 5 Botschaft, BBl. 1967 II 382; Hug, Revision, S. 322.
 - 6 Schweingruber, N. 5 zu Art. 336 OR.
 - 7 Schweingruber, N. 5 zu Art. 336 OR.

liche Kündigungsbeschränkungen (1). Dazu ist anzumerken, dass das Fristenparitätsgebot die sachlichen Kündigungsbeschränkungen nicht erfasst und der Vereinbarung einseitiger sachlicher Kündigungsbeschränkungen nicht im Wege steht (2).

Die Rechtsfolge bei einer Verletzung des Fristenparitätsgebotes wird durch Art. 336 Abs. 2 Satz 2 OR geregelt: Bei widersprechender Abrede gilt für Arbeitnehmer und Arbeitgeber die längere Frist. Diese Sanktion ist analog auf eine einseitige Erweiterung der unzeitigen Kündigung anzuwenden. Daraus folgt, dass eine derartige Abrede - vorerst allein aus dem Gesichtswinkel des Verbotes ungleicher Kündigungsfristen betrachtet - von Gesetzes wegen ihre Wirkung auch zugunsten der Gegenpartei entfaltet. Bei Vorliegen eines entsprechenden Grundes kann somit auch der Vertragspartner Ansprüche aus einer vertraglichen Kündigungsbeschränkung herleiten, welche lediglich zugunsten einer Partei aufgestellt wurde.

b) Die zwingende Natur der Art. 336 e und f OR

Bei der Beurteilung der Frage, ob die zwingende Natur der Art. 336 e und f OR einer vertraglichen Regelung mit einseitigen Kündigungsbeschränkungen entgegensteht, ist zwischen der Verlängerung von gesetzlichen Sperrfristen und der Aufnahme einseitiger Kündigungsverbote bei Vorliegen weiterer Gründe zu unterscheiden.

aa) Einseitige Verlängerung gesetzlicher Sperrfristen

Der imperative Schutzbereich der Art. 336 e und f OR erstreckt sich zweifellos auf alle Anwendungsfälle im Zusammenhang mit Militärdienst, Zivilschutzdienst, Krankheit, Unfall, Niederkunft und

1 Die Bemerkungen erfolgen mit Beispielen unter dem Titel "Sachliche Kündigungsbeschränkungen durch Abreden". Bei den angeführten Beispielen handelt es sich um solche mit zeitlichen und um andere mit sachlichen Kündigungsbeschränkungen.

2 Unten E3.

Hilfsaktion im Ausland. Er erfasst damit auch die einseitige Verlängerung der gesetzlichen Sperrfristen für diese Tatbestände. Wie dargelegt, sind Art. 336 e und f OR als Mindestschutzbestimmungen bei entgegengesetzter Interessenlage zu verstehen. Dem jeweiligen Interesse des Arbeitnehmers um Aufnahme weiterer zeitlicher Kündigungsverbote steht das Interesse des Arbeitgebers um Erhalt grösstmöglicher Kündigungsfreiheit gegenüber. Art. 361 Abs. 2 OR erklärt nun jede Abrede, welche von der in Art. 336 e und f OR aufgestellten Ordnung zu Ungunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers abweicht, für nichtig. Jede einseitige Ausdehnung der Sperrfristen in einem der vier gesetzlich geregelten Fälle wirkt sich angesichts der entgegengesetzten Interessenlage zu Ungunsten der anderen Vertragspartei aus. Eine derartige Abrede ist somit unzulässig. Art. 361 Abs. 2 OR verbietet deshalb neben einer Einschränkung der gesetzlichen Mindestregelung auch deren Ausbau zugunsten nur einer Partei (1). Bei einer Erweiterung der Sperrfristen für die Anwendungsfälle Militärdienst, Zivilschutzdienst, Krankheit, Unfall, Niederkunft oder Hilfsaktion im Ausland ist somit das zwingende Paritätsprinzip zu beachten.

bb) Einseitige Einführung weiterer zeitlicher Kündigungsverbote

Anders verhält es sich bei der Abrede über einseitige, weitere Kündigungsverbote. Solche vertragliche Regelungen werden von Art. 361 OR nicht berührt. Der zwingend ausgestaltete Schutzbereich beschränkt sich auf die gesetzlich geregelte Materie, d.h. die Kündigungsbeschränkungen beim Vorliegen eines der in Art. 336 e lit. a - d OR umschriebenen Sachverhalte. Dafür, dass der imperative Schutzbereich der Parteiinteressen auf jede nur denkbare zeitliche Kündigungsbeschränkung ausgedehnt werden sollte, besteht kein Anhaltspunkt. Wie bei den anderen zweiseitig zwingenden Mindestschutznormen umfasst der gesetzlich geschützte Bereich, in welchem keine Änderungen zu Ungunsten einer

1 Dies gilt indessen nur, wenn eine paritätische Erweiterung zugunsten beider Parteien überhaupt denkbar ist. Vgl. die Bemerkungen zu einem Ausnahmefall im 4. Teil E 1.

Vertragspartei vorgenommen werden dürfen, nur die in der Vorschrift geregelte Materie. So besagt beispielsweise Art. 350 OR über die Kündigung des Handelsreisendenvertrages nichts über jene Fälle, in denen die Provision weniger als ein Fünftel des Lohnes beträgt (1). Ebenso beschränkt sich die zwingende Regelung des Art. 336 c OR über die Kündigung beim landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnis auf die speziell umschriebenen Zeitspannen. Für die übrige Dauer des landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnisses sind vertragliche Abreden anderen Inhalts ohne weiteres zulässig.

Abreden mit weiteren zeitlichen Kündigungsverböten zugunsten einer Vertragspartei verstossen somit nicht gegen die zwingende Natur der Art. 336 e und f OR. Sie verletzen indessen aus den angeführten Gründen das Fristenparitätsgebot. Bei analoger Anwendung der Rechtsfolge des Art. 336 Abs. 2 OR ergibt sich keine Nichtigkeit der vertraglichen Regelung. Die einseitig zugunsten einer Partei aufgestellte Kündigungsbeschränkung wird im Gegenteil von Gesetzes wegen auf beide Parteien ausgedehnt.

3. Zusammenfassung

Trotz des zweiseitig zwingenden Gehaltes der Art. 336 e und f OR sind weitergehende vertragliche Kündigungsbeschränkungen zulässig, sofern sie paritätisch zugunsten beider Parteien ausgestaltet sind. Eine einseitige Verlängerung der Sperrfristen für die vier, vom Gesetz umschriebenen Tatbestände Militärdienst / Zivilschutzdienst, Krankheit / Unfall, Niederkunft einer Arbeitnehmerin sowie Hilfsaktion im Ausland verstösst gegen Art. 336 e und f OR in Verbindung mit Art. 361 OR und ist nichtig. Die Einführung weiterer Kündigungsverböte zugunsten nur einer Partei wird durch das Fristenparitätsgebot verhindert. Entsprechend der Rechtsfolge von Art. 336 Abs. 2 OR wird eine derartige Abrede in EAV oder GAV von Gesetzes wegen auf beide Parteien ausgedehnt.

1 Gemäss Art. 350 Abs. 1 OR darf der Arbeitgeber dem Handelsreisenden während der Saison nur auf das Ende des zweiten der Kündigung folgenden Monats kündigen, sofern die Provision mindestens einen Fünftel des Lohnes beträgt und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt.

E. Sachliche Kündigungsbeschränkungen durch Vertrag

Bei der Beurteilung, ob für sachliche Kündigungsbeschränkungen ein vertraglich erweiterter Anwendungsbereich möglich sei, haben wir von folgender Rechtslage auszugehen: Das freie Kündigungsrecht der Arbeitsvertragsparteien wird neben den gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen durch das allgemein geltende Verbot des Rechtsmissbrauchs sachlich beschränkt. Das gesetzliche Verbot der Kündigung wegen Militärdienst stellt lediglich eine Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar; der Gesetzgeber entschied sich mit dieser Regelung nicht negativ bezüglich anderer missbräuchlicher Kündigungen. Arbeitnehmer und Arbeitgeber können gestützt auf die Generalklausel des Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchliche Kündigungen anfechten (1). Zu prüfen bleibt, ob auch Raum für die Regelung sachlicher Kündigungsbeschränkungen in EAV oder GAV bleibt.

Vorweg ist anzuführen, dass ein Wegbedingen oder Einschränken der Regelung des Art. 336 g OR unzulässig ist. Jede einseitige oder paritätische Einschränkung des Verbots der Kündigung wegen Militärdienst wird durch Art. 361 Abs. 2 OR für nichtig erklärt. Aus dem zwingenden Schutzbereich der Parteiinteressen ist im besonderen zu schliessen, dass die Verwirkungsfristen für die schriftliche Einsprache und die Geltendmachung der Entschädigung weder verkürzt noch verlängert werden dürfen. Denn einerseits soll der gekündigten Partei eine angemessene Zeitdauer zur Verfolgung ihrer Ansprüche zustehen; andererseits soll sich der Kündigende möglichst rasch Klarheit über die Situation verschaffen können. Diese einschneidenden Beschränkungen des Rechtsschutzes bei einer Kündigung wegen Militärdienst wurden vom Gesetzgeber bewusst aufgestellt und für zwingend erklärt (2). Es wurde damit ein definitiver Ausgleich der Interessenlage zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vorgenommen. Fraglich ist, ob die Höhe der Entschädigung vertraglich festgesetzt werden kann. Eine solche vorgängige Pauschalisierung dürfte für

1 Oben 2. Teil C2b.

2 Botschaft, BBl. 1967 II 387.

den Richter kaum verbindlich sein (1). Art. 336 g Abs. 3 OR stellt die Festsetzung der Entschädigung ausdrücklich in das Ermessen des Richters und ordnet die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles an.

1. Paritätische Erweiterung der sachlichen Kündigungs-
beschränkungen

Den GAV bleibe es überlassen, die Regelung des Art. 336 g OR auf andere Tatbestände, zum Beispiel Kündigung wegen Zugehörigkeit zu einem Arbeitnehmerverband oder wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit, auszudehnen. Diese Auffassung findet sich in der bundesrätlichen Botschaft an das Parlament aus dem Jahre 1967 (2). Sie wurde in der Folge von Konopka (3), Daxelhoffer (4), Rehbinder (5), Schweingruber (6), Vischer (7) und Voegeli (8) - meist ohne nähere Begründung - übernommen. Die angeführten Autoren bejahen somit die Möglichkeit eines Ausbaus des sachlichen Kündigungsschutzes durch vertragliche Regelungen und im besonderen durch GAV. Ein solcher erweiterter Anwendungsbereich wird von anderen Autoren entschieden als unzulässig erklärt (9). Eine eingehende Prüfung dieses Problemkreises erscheint notwendig. Zum Nachweis der Zulässigkeit einer paritätischen Regelung weiterer sachlicher Kündigungsbeschränkungen durch EAV oder GAV sind verschiedene Gesetzesbestimmungen näher auszulegen. Zunächst gilt es, die Auswirkungen der Zwingenderklärung des Art. 336 g OR zu untersuchen. Brühwiler folgert

-
- 1 Gl.M. Daxelhoffer, S. 107. Daxelhoffer vergleicht die Bindung des Richters an pauschalisierte Entschädigungen mit der vertraglichen Konkretisierung von wichtigen Gründen im Falle der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses.
 - 2 Botschaft, BBl. 1967 II 385.
 - 3 Konopka, S. 190 f.
 - 4 Daxelhoffer, S. 108.
 - 5 Rehbinder, S. 102.
 - 6 Schweingruber, N. 5 zu Art. 336 OR.
 - 7 Vischer, S. 418.
 - 8 Voegeli, S. 115.
 - 9 Spöndlin, S. 149 ff.; Brühwiler, Vorbemerkung zu Art. 336 g OR.

aus dieser, ein vertraglicher Ausbau des Kündigungsschutzes sei nicht zulässig (1). Von Wichtigkeit ist im weiteren Art. 336 Abs. 1 OR über die Kündigung im allgemeinen bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen. Spöndlin begründet mit dieser Bestimmung seine Ansicht, jede sachliche Beschränkung des freien Kündigungsrechts sei unzulässig (2).

a) Die zwingende Natur von Art. 336 g OR

Allein aus der zweiseitig zwingenden Natur von Art. 336 g OR darf nicht ohne weitere Prüfung gefolgert werden, anderweitige vertragliche Beschränkungen der Kündigungsfreiheit seien unzulässig (3). Mit der Einreihung unter Art. 361 OR bezweckte der Gesetzgeber die Sicherung des in der entsprechenden Bestimmung angestrebten Interessenausgleichs (4). Aufgrund des Schutzbereichs des Kündigungsverbotes wegen Militärdienst sind die Auswirkungen der Zwingenderklärung zu interpretieren. Gemäss Botschaft erfolgte diese, weil die in Art. 336 g OR enthaltenen Vorschriften dem Schutze beider Parteien dienten (5). Damit ist nur geklärt, dass eine Einschränkung des Kündigungsverbotes wegen Militärdienst und der entsprechenden Rechtsfolgen nicht zulässig ist (6). Die Interessenlage und der Schutzbereich deuten indessen darauf hin, dass Art. 336 g OR der dritten von Daxelhofer beschriebenen Gruppe von Bestimmungen zuzuordnen ist (7): Es handelt sich bei Art. 336 g OR um eine Mindestschutznorm zugunsten beider Parteien bei entgegengesetzt verlaufenden Interessen. Als Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB stellt das Verbot der Kündigung wegen Militärdienst einen möglichen Fall einer Vertragsauflösung dar, welche mit unserem Rechtsbewusstsein unvereinbar ist. Art. 336 g OR kommt somit kein Exklusivcharakter zu. Es wäre auch nicht möglich, mit dieser Bestimmung das

1 Brühwiler, Vorbemerkung zu Art. 336 g OR.

2 Spöndlin, S. 149.

3 Oben C2.

4 Oben C2.

5 Botschaft, BBl. 1967 II 387.

6 Oben E1.

7 Oben C2.

allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs für das Kündigungsrecht "aus den Angeln zu heben" (1). Diese Auslegung stimmt mit dem Schluss überein, der sachliche Kündigungsschutz sei im Arbeitsrecht nicht abschliessend geregelt worden (2). Mit der Einreihung in den Katalog der zweiseitig zwingenden Bestimmungen wurde kein definitiver Ausgleich der Parteiinteressen im Bereich des sachlichen Kündigungsschutzes angestrebt. Der Schutzbereich beschränkt sich auf die in der gesetzlichen Minimalvorschrift geregelte Materie. Die zwingende Natur bezieht sich somit einzig auf das spezielle Verbot der Kündigung wegen Militärdienst. Damit spricht Art. 336 g OR nicht gegen einen vertraglich erweiterten Anwendungsbereich, ob dieser nun einseitig oder paritätisch zugunsten beider Parteien ausgestaltet wird (3).

b) Die zwingende Natur von Art. 336 Abs. 1 OR

Art. 336 Abs. 1 OR bestimmt, dass das auf unbestimmte Zeit vereinbarte Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden kann. Damit wird der Grundsatz der Kündigungsfreiheit für das Arbeitsrecht bekräftigt (4). Das sogenannte "freie" Kündigungsrecht berechtigt sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer, das unbefristete Arbeitsverhältnis grundsätzlich jederzeit durch Kündigung einseitig aufzulösen (5).

-
- 1 Daxelhofer, S. 108. Der Richter soll aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB jederzeit die Möglichkeit haben, berichtigend in eine vertragliche oder gesetzliche Regelung einzugreifen, um einen Missbrauch zu verhindern.
 - 2 Oben 2. Teil C2b.
 - 3 Weil sich der Schutzbereich nicht auf andere vertragliche Kündigungsbeschränkungen erstreckt, ist die Frage der Begünstigung oder Benachteiligung nach Art. 361 Abs. 2 OR nicht entscheidend.
 - 4 Der Grundsatz stellt eine Konkretisierung der allgemeinen Vertragsfreiheit im Bereich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dar. Er dient der Freiheit der Persönlichkeit und verhindert vertragliche Bindungen auf unbeschränkte Zeit. Ohne diese Kündigungsmöglichkeit bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen müsste häufig Art. 27 ZGB angerufen werden. Vgl. dazu BGE 93 II 300.
 - 5 Brühwiler, Vorbemerkung V zu Art. 336 OR; Hug, Kündigungsrecht I, S. 147 f.; Rehbinder, S. 96; Triponez, S. 38.

Die Kündigung darf indessen nicht "willkürlich im eigentlichen Sinn des Wortes" ausgesprochen werden (1). Denn neben den gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsfristen und Kündigungsterminen sowie den gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze, im besonderen das Verbot des Rechtsmissbrauchs, zu beachten (2). Hingegen knüpft Art. 336 Abs. 1 OR an das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses keine besonderen sachlichen Voraussetzungen. Lässt der zweiseitig zwingende Charakter dieser Norm deshalb keine sachlichen Beschränkungen des Kündigungsrechtes durch EAV oder GAV zu?

aa) Mit Art. 336 Abs. 1 OR wurde die Regelung von Art. 347 Abs. 1 alt OR ins neue Recht übernommen. Der Bundesrat bemerkte in der Botschaft dazu nur, der Entwurf räume wie das geltende Recht beiden Parteien das Kündigungsrecht ein (3). Zur Einreihung unter die zweiseitig zwingenden Bestimmungen begnügte er sich mit dem allgemeinen Hinweis, die Vorschrift schütze die Interessen beider Parteien (4). Auffallend ist nun, dass Art. 36 Abs. 1 des Vorentwurfs 1963, welcher denselben Grundsatz enthielt, nicht zwingend ausgestaltet war (5). Wieso der bundesrätliche Entwurf die Bestimmung in der Folge für zweiseitig zwingend erklärte, bleibt unklar. Allenfalls sollte damit die Unentziehbarkeit des Kündigungsrechtes der Arbeitsvertragsparteien bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen sichtbar gemacht werden. Anlässlich der Kommissionsberatungen und Parlamentsverhandlungen wurde dieses Problem nicht erörtert (6). Mit der Zwingenderklärung verfolgte der Gesetzgeber zweifellos nicht die Absicht, im Bereiche des Kündigungsschutzes einen Rückschritt zu machen. Eine solche Annahme widerspräche der sozialen Ten-

1 Spöndlin, S. 141. Gleiche Umschreibungen finden sich bei Hug, Kündigungsrecht I, S. 147; von Büren, S. 170; Triponez, S. 38.

2 Oben 1. Teil D2a.

3 Botschaft, BBl. 1967 II 374.

4 Botschaft, BBl. 1967 II 374.

5 In den Vernehmlassungen zum Vorentwurf 1963 gab diese Bestimmung zu keinen Einwänden Anlass. Vgl. Vernehmlassungen, N. 882.

6 Kommission NR, Protokolle IV / 51, VII / 45; Kommission SR, Protokoll II / 39, II / 42; Sten. Bull. NR 1969, 829; Sten. Bull. SR 1970, 357.

denz, welche das revidierte Arbeitsvertragsrecht beherrscht (1). Zu berücksichtigen ist, dass bereits unter der Herrschaft des revidierten Dienstvertragsrechts zahlreiche GAV mit sachlichen Kündigungsbeschränkungen existieren (2). Der Gesetzgeber beabsichtigte keineswegs, die Ungültigkeit dieser kollektivvertraglichen Regelungen herbeizuführen. In den Materialien finden sich keine Hinweise, welche gegen den Fortbestand solcher Schutzbestimmungen in den GAV sprechen. Der Bundesrat trat gegenteils ausdrücklich für einen Weiterausbau des Kündigungsschutzes durch GAV ein (3). Dieser Ansicht erwuchs vom Parlament kein Widerstand. Der Gedanke des Bundesrates war in den Kommissionsberatungen aufgenommen worden. Dabei wurde betont, dass die GAV nicht nur ein Instrument zur Standardisierung von Lohnbestimmungen darstellten, sondern auch der Fortbildung dienen sollten (4). Die Vorarbeiten und Gesetzesmaterialien sind zwar weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend (5). Die angeführten Umstände sind jedoch ein Indiz dafür, dass Art. 336 Abs. 1 OR als Grundsatznorm den Ausbau des sachlichen Kündigungsschutzes durch vertragliche Regelungen nicht einschränkt. An die Möglichkeit einer gegenteiligen Interpretation, wie sie heute von Spöndlin und Brühwiler vertreten wird, hat der Gesetzgeber ersichtlich nicht gedacht.

bb) Aufschlüsse über die Intentionen und Vorhaben des Gesetzgebers ergeben sich im weiteren aus der schweizerischen Zustimmung zur Empfehlung Nr. 119 (Ueber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber) der Internationalen Arbeitskonferenz 1963 (6). Kern-

1 Botschaft, BBl. 1967 261 f.; Hug, Revision, S. 186.

2 Eine ausführliche Aufzählung solcher GAV - Bestimmungen findet sich bei Hug, Kündigungsrecht II, S. 229 ff. Hinzuweisen ist im weiteren auf Edwin Schweingruber, Aus schweizerischen Gesamtarbeitsverträgen: Koalitionsrecht und missbräuchliche Kündigung, in: Wirtschaft und Recht 1949, S. 61 - 66.

3 Botschaft, BBl. 1967 II 385.

4 Kommission Nationalrat, Protokoll VIII / 14.

5 BGE 103 Ia 288.

6 Empfehlung Nr. 119 betreffend die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (BBl. 1964 I 88). Vgl. den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 47. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz vom 20. Dezember 1963 (BBl. 1964 I 65 ff.).

stück dieser Empfehlung bildet der in Art. 2 enthaltene Grundsatz, wonach der Arbeitgeber ohne triftigen Grund keine Kündigung aussprechen darf. Eine Entlassung soll entweder mit den Fähigkeiten oder dem Verhalten des Arbeitnehmers in Zusammenhang stehen oder aus betrieblichen Gründen notwendig sein. Eine nähere Definition des triftigen Grundes findet sich nicht in der Empfehlung. Immerhin sind einige Tatbestände aufgeführt, die nicht als triftige Gründe betrachtet werden dürfen (1). Der Arbeitnehmer soll ferner an eine unparteiliche Stelle gelangen können, wenn er die Kündigung als ungerechtfertigt betrachtet. Erfolgt nach einer ungerechtfertigten Entlassung keine Wiedereinstellung, soll dem Arbeitnehmer ein Schadenersatz zustehen (2).

Vergleicht man die Empfehlungen der Internationalen Arbeitskonferenz mit der geltenden schweizerischen Rechtsordnung und jener im Jahre 1963, stellt man eine beträchtliche Divergenz fest. Die Empfehlung lässt eine Entlassung nur bei Vorliegen triftiger Gründe zu und beschränkt damit das Kündigungsrecht des Arbeitgebers sachlich in erheblicher Weise. Demgegenüber schliesst das OR lediglich in bestimmten Fällen eine Kündigung aus (3). Es drängt sich die Frage auf, aus welchen Gründen die schweizerische Regierungsdelegation der Empfehlung zustimmte. Die Antwort ergibt sich bei näherer Betrachtung der im ersten Abschnitt der Empfehlung geregelten Durchführungsmethoden. Die Durchsetzung der einzelnen Empfehlungen kann nicht nur durch innerstaatliche Gesetzgebung, sondern auch auf jede andere, den nationalen Gepflogenheiten entsprechende Weise erfolgen. Wie dem bundesrätlichen Bericht zu entnehmen ist, dachte man auf schweizerischer Seite insbesondere an die Durchsetzung durch GAV (4). Der Kündigungsschutz sollte somit durch GAV fortentwickelt und den Empfehlungen der Internationalen Arbeitskon-

-
- 1 Art. 3 lit. a - d der Empfehlung Nr. 119 führen als Tatbestände an: Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder gewerkschaftliche Betätigung, Ausübung einer Funktion als Arbeitnehmervertreter sowie Rasse, Religion, soziale Herkunft.
 - 2 Art. 4 ff. der Empfehlung Nr. 119.
 - 3 Dies trifft auch für den 1963 veröffentlichten Revisionsentwurf zu, wengleich dieser dem OR eine zusätzliche Bestimmung über die missbräuchliche Kündigung anfügen wollte.
 - 4 BB1. 1964 I 71 und 74. Art. 1 der Empfehlung Nr. 119 führte weiter an: Betriebliche Regelungen, Schiedssprüche und gerichtliche Entscheidungen.

ferenz angenähert werden. Denn von einer Normierung von Kündigungsbeschränkungen im Sinne der Empfehlung Nr. 119 war zum damaligen Zeitpunkt nicht die Rede (1). Diese Umstände lassen einen eindeutigen Schluss auf die Intentionen der Regierung zur Zeit der Revision des Arbeitsvertragsrechtes zu: Der sachliche Kündigungsschutz sollte nicht auf dem Wege der Gesetzgebung, sondern durch kollektivvertragliche Regelungen ausgebaut werden.

cc) Es fällt schwer, Art. 336 Abs. 1 OR einer der von Daxelhofer definierten Kategorien mit zweiseitig zwingenden Vorschriften zuzuordnen. Dies dürfte dadurch begründet sein, dass es sich bei der erwähnten Vorschrift um eine ausgesprochene Grundsatzbestimmung handelt. Art. 336 Abs. 1 OR stellt den Parteien des unbefristeten Arbeitsvertrages ein Gestaltungsrecht zur Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Verfügung. Dieser allgemein gehaltene Grundsatz wird durch die weiteren Gesetzesbestimmungen, nämlich Art. 336 a bis 336 g OR, näher umschrieben und konkretisiert. So stellt das Gesetz für das landwirtschaftliche, unterjährige, überjährige und langjährige Arbeitsverhältnis verschiedenartige Kündigungsregelungen auf (2). Weitere Einschränkungen des Grundsatzes bewirken die Bestimmungen über die Kündigung zur Unzeit und die Kündigung wegen Militärdienst (3). Alle diese Regelungen beziehen sich auf unbefristete Arbeitsverhältnisse. Das Gesetz ordnet je nach den Umständen angemessene Vorschriften für die Ausübung des Kündigungsrechtes an. Art. 336 Abs. 1 OR erscheint neben diesen Vorschriften als allgemeiner Leitsatz des Gesetzgebers: Bei allen Arbeitsverhältnissen auf unbestimmte Dauer steht den Parteien grundsätzlich ein Kündigungsrecht zu. Durch die Zwingenderklärung dieses Grundsatzes wurde die Unentziehbarkeit des Kündigungsrechts verdeutlicht und bestärkt (4); geschützt ist das Gestaltungsrecht der Kündigung. Mit Spönd-

1 Oben 2. Teil B4.

2 Art. 336 a - d OR.

3 Art. 336 e - g OR. Wie aufgezeigt, lassen diese Bestimmungen einen erweiterten vertraglichen Anwendungsbereich zu.

4 Der Anspruch auf Kündigung steht den Rechtssubjekten grundsätzlich bei allen vertraglichen Dauerschuldverhältnissen zu (Hug, Kündigungsrecht II, S. 8; Guhl / Merz / Kummer, S. 404).

lin (1) ist davon auszugehen, dass Art. 336 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 361 OR den völligen Ausschluss des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen auf unbestimmte Dauer nicht zulässt. Eine weitere Bedeutung kommt der Einreihung unter Art. 361 OR nicht zu. Ueber die konkrete Ausgestaltung des Kündigungsrechts sagt Art. 336 Abs. 1 OR nichts aus. Insbesondere wird die Möglichkeit, neben gesetzlichen Einschränkungen auch vertragliche Kündigungsbeschränkungen zu vereinbaren, nicht ausgeschlossen (2). Solange kein gänzlicher Ausschluss des Kündigungsrechts bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen bezweckt wird, lässt Art. 336 Abs. 1 OR sowohl einseitige als auch paritätische Kündigungsbeschränkungen durch Vertrag zu (3). Als Programmvorschrift garantiert diese Bestimmung lediglich das grundsätzliche Recht zur Auflösung jedes Arbeitsverhältnisses von unbestimmter Dauer durch Kündigung.

dd) Für die Zulässigkeit eines vertraglichen Ausbaus des sachlichen Kündigungsschutzes spricht ein weiteres Argument. Das Gesetz knüpft bekanntlich die Ausübung des Kündigungsrechtes an keine sachlichen Voraussetzungen. Das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs wird dadurch unbestrittenermassen nicht ausgeklammert (4). Den Parteien steht es nun frei, bestimmten Sachverhalten die Bedeutung einer missbräuchlichen Kündigung beizumessen. Solche Vereinbarungen in EAV oder GAV bedeuten lediglich eine Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Der zwingende Charakter von Art. 336 Abs. 1 OR kann ein solches Vorgehen nicht ausschliessen. Denn die missbräuchliche Kündigung könnte auch gestützt auf das gesetzliche Missbrauchsverbot angefochten werden.

1 Spöndlin, S. 149.

2 Es wurde meines Wissens noch nie versucht, die Unzulässigkeit vertraglicher Kündigungsverbote zur Unzeit über den Grundsatz der Kündigungsfreiheit zu konstruieren.

3 Der gesetzliche Schutz erstreckt sich nicht auf einen solchen vertraglichen Anwendungsbereich. Ob sich eine vertragliche Kündigungsbeschränkung zugunsten einer oder beider Parteien auswirkt, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

4 Dies anerkennen auch Spöndlin, S. 149, und Brühwiler, Vorbemerkungen zu Art. 336 g OR.

Es handelt sich dabei um ein ähnliches Problem wie die vertragliche Konkretisierung wichtiger Gründe für den Fall der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses (1). Gemäss h.L. dürfen die Parteien trotz zwingender Natur von Art. 337 OR vertraglich näher bestimmen, einem Umstand komme möglicherweise die Bedeutung eines wichtigen Grundes zu (2). Der Rechtsgedanke des Begriffes "wichtiger Grund" wird dadurch nicht ausgedehnt.

ee) Somit stehen weder der zwingend ausgestaltete Art. 336 g OR über die Kündigung wegen Militärdienst noch die ebenfalls zweiseitig zwingende Vorschrift des Art. 336 Abs. 1 OR einer vertraglichen Verabredung sachlicher Kündigungsbeschränkungen im Wege. Dies trifft für die paritätische Ausgestaltung wie auch die einseitige Beschränkung des Kündigungsrechts einer Partei zu (3). Das Fristenparitätsgebot des Art. 336 Abs. 2 OR wird durch einen vertraglichen Kündigungsschutz zugunsten beider Parteien, wie er in diesem Abschnitt zur Diskussion steht, ohnehin nicht tangiert. Es sind keine anderen Gründe ersichtlich, welche einen vertraglichen Anwendungsbereich einschränken oder ausschliessen könnten. Mit der h.L. gelangt man deshalb zu dem Ergebnis, dass vertragliche Regelungen mit sachlichen Kündigungsbeschränkungen zugunsten beider Parteien zulässig sind.

-
- 1 Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann das Arbeitsverhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos aufgelöst werden. Vgl. 1. Teil D2b.
 - 2 Brunner, S. 53 f. und die dort angeführten Autoren. Vgl. auch Botenschaft, BBl. 1967 II 288.
 - 3 Zu der Erweiterung der sachlichen Kündigungsbeschränkungen einseitig im Interesse nur einer Partei vgl. nachfolgend E3.

2. Einseitige Erweiterung der sachlichen Kündigungsbeschränkungen

Ein paritätischer Ausbau des sachlichen Kündigungsschutzes durch vertragliche Abreden ist weder sinnvoll noch erwünscht. Als notwendig erweist sich ein erweiterter Schutz des Arbeitnehmers zur Wahrung seiner gesetzlichen Rechte am Arbeitsplatz sowie zur Sicherung seiner Arbeitsstelle. Ein besonderer Schutz des Arbeitgebers erscheint nicht gerechtfertigt, da ihm bereits genügend Instrumente zur Durchsetzung seiner Rechte zur Verfügung stehen (1). Eine paritätische Ausgestaltung der sachlichen Kündigungsbeschränkungen wäre überdies in zahlreichen Fällen gar nicht möglich (2). Es ist deshalb im folgenden der Frage nachzugehen, ob die Erweiterung von sachlichen Kündigungsbeschränkungen einseitig zugunsten des Arbeitnehmers durch vertragliche Regelungen zulässig ist.

Es wurde bereits dargestellt, dass weder Art. 336 g OR noch Art. 336 Abs. 1 OR gegen einen erweiterten vertraglichen Anwendungsbereich sprechen, gleichgültig, ob dieser nun einseitig oder paritätisch ausgestaltet sei (3). Im weiteren kann aus der Tatsache, dass die einzige sachliche Kündigungsbeschränkung des Arbeitsvertragsrechts paritätisch ausgestaltet ist, nichts Gegenteiliges geschlossen werden. Denn der zwingend erklärte Schutzbereich des Art. 336 g OR beschränkt sich auf die gesetzlich geregelte Materie: Das Verbot der Kündigung wegen Militärdienst.

Abzuklären bleibt, ob das gesetzliche Verbot ungleicher Kündigungsfristen derartige Abreden ausschliesst. Art. 336 Abs. 2 OR bezieht sich neben der Befristung und der Terminierung auch auf die Regelung der Kündigung zur Unzeit (4). Die Bestimmung will generell eine

1 Oben 2. Teil D.

2 Beispiele: Kündigungsverbot wegen gewerkschaftlicher Betätigung oder Tätigkeit des Arbeitnehmers als Mitglied der betrieblichen Arbeitnehmervertretung.

3 Oben E2.

4 Oben D2.

paritätische, gleichartige Befristung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen. Die sachlichen Kündigungsbeschränkungen bewirken nun aber keine zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechts, sondern schliessen gewisse Kündigungsgründe aus. Entscheidend für die Zulässigkeit der Kündigung sind die ihr zugrundeliegenden Beweggründe und Motive. Somit tangieren die sachlichen Kündigungsbeschränkungen den Lauf der Kündigungsfristen in keiner Weise und fallen deshalb nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 336 Abs. 2 OR. Anderer Ansicht ist Spoendlin (1). Als Beispiel einer unzulässigen sachlichen Kündigungsbeschränkung führt er eine GAV - Bestimmung an, nach welcher der Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen nur nach vorheriger Verwarnung entlassen werden kann. Weil eine Kündigung seitens des Arbeitgebers damit erst nach einer wiederholten Pflichtverletzung zulässig sei, werde die Frist zur Herbeiführung der Vertragsauflösung einseitig ausgedehnt. Eine solche Bestimmung verletze deshalb Art. 336 Abs. 2 OR (2). Diese Argumentation geht fehl. Das Verbot ungleicher Kündigungsfristen will eine gleichartige Befristung des Arbeitsverhältnisses garantieren. Art. 336 Abs. 2 OR ist deshalb zu beachten, wenn es sich um die Verzögerung der Wirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung handelt. Dies trifft für das von Spoendlin angeführte Beispiel, wie auch für alle übrigen sachlichen Kündigungsbeschränkungen, nicht zu. Die vereinbarte Möglichkeit der Entlassung eines Arbeitnehmers erst nach vorangegangener Verwarnung schliesst lediglich die Kündigung wegen einmaliger Pflichtverletzung aus. Diese GAV - Bestimmung bewirkt keine zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechts und tangiert den Lauf der Kündigungsfrist nach erfolgter Entlas-

-
- 1 Spoendlin, S. 150. Ebenso, für die entsprechende deutsche Bestimmung, Hueck / Nipperdey, 6.A., S. 516.
 - 2 Spoendlin bezeichnet die der Verwarnung zugrundeliegende Pflichtverletzung zudem als Bedingung, welche einseitig vom Willen des Arbeitnehmers abhängig sei. Das Fristenparitätsgebot dürfe nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht durch solche Bedingungen umgangen werden. Der Verweis von Spoendlin auf BGE 96 II 55 geht fehl. In jenem Fall hing die einseitige Berechtigung des Arbeitgebers zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses von einer Bedingung ab, welche lediglich durch ihn selbst herbeigeführt werden konnte. Im hier zur Diskussion stehenden Beispiel gibt die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers nicht etwa ihm selbst, sondern gerade der Gegenpartei die Möglichkeit zur Kündigung. Eine Umgehung des Fristenparitätsgebotes durch ein bedingtes Kündigungsrecht liegt somit nicht vor.

sung in keiner Weise. Wegbedungen wird lediglich ein möglicher Kündigungsgrund: Eine einmalige Pflichtverletzung berechtigt den Arbeitgeber nicht zur Entlassung seines Arbeitnehmers. Von einer einseitigen Verzögerung der Wirksamkeit der Kündigung kann somit nicht die Rede sein.

Die Zulässigkeit einseitiger sachlicher Kündigungsbeschränkungen zugunsten des Arbeitnehmers durch vertragliche Vereinbarungen bejahen auch Konopka (1), Rehbinder (2), Schweingruber (3), Triponez (4) und Voegeli (5) ausdrücklich, während Daxelhofer lediglich zu einer paritätischen Regelung Stellung nimmt (6). Aus der Natur der in der bundesrätlichen Botschaft und bei Vischer angeführten Beispielen ist zu schliessen, dass diese einen einseitigen Schutz des Arbeitnehmers ebenfalls befürworten und als zulässig erachten (7).

Die geltende Rechtsordnung lässt damit den Ausbau des sachlichen Kündigungsschutzes durch vertragliche Abreden zu. Gesamtarbeitsvertragliche Regelungen, welche Entlassungen wegen bestimmten Gründen ausschliessen, sind damit gültig. Möglich ist also die Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers auf bestimmte, vertraglich genau umschriebene Gründe. Rechtsgültig wäre auch die Bestimmung eines Kollektivvertrages, wonach eine ordentliche Kündigung nur erfolgen kann, wenn ein Arbeitnehmer aus persönlichen oder betrieblichen Grün-

1 Konopka, S. 190 f.

2 Rehbinder, S. 102.

3 Schweingruber, N. 5 zu Art. 336 OR.

4 Triponez, S. 138 ff.

5 Voegeli, S. 115.

6 Daxelhofer, S. 108.

7 Botschaft, BBl. 1967 II 385, führt als Beispiele möglicher GAV - Bestimmungen an: Verbot der Kündigung wegen Zugehörigkeit zu einem Arbeitnehmerverband oder wegen gewerkschaftlicher Betätigung. Vischer, S. 418, führt als Beispiel an: Kündigung nur nach vorangegangener Verwarnung des Arbeitnehmers.

den nicht mehr tragbar ist. De lege lata liegt hier der Ansatzpunkt für einen wirksamen Ausbau des Kündigungsschutzes zwecks Garantie der Rechte des Arbeitnehmers sowie zur Sicherung des Arbeitsplatzes.

Rechtlich zulässig sind selbst einseitige sachliche Kündigungsbeschränkungen zugunsten des Arbeitgebers. Die angeführten Gründe gelten auch für diesen Anwendungsfall. Gegen eine solche Regelung könnten die allgemeinen Prinzipien des Arbeitsvertragsrechtes nicht angerufen werden. Denn gerade im Bereiche des gesetzlichen Kündigungsschutzes werden Schutz- und Günstigkeitsprinzip durch das Paritätsprinzip eingeschränkt. Für einen besonderen Schutz des Arbeitgebers, welcher die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers unnötig beschneiden würde, fehlt allerdings jede sachliche Rechtfertigung (1).

F. Ergebnis

Das geltende Arbeitsvertragsrecht lässt verschiedene Möglichkeiten zu, die für den Arbeitnehmer ungenügende gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes zu ergänzen. Als Instrumente stehen neben dem in der Praxis weniger tauglichen EAV die GAV zur Verfügung. Durch kollektive Vereinbarungen kann der zeitliche Kündigungsschutz durch eine paritätische Ausdehnung der gesetzlichen Sperrfristen und durch die Einführung weiterer Schutzzatbestände zugunsten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgebaut werden. Eine einseitige Erweiterung der zeitlichen Kündigungsbeschränkungen ist nicht statthaft. In sachlicher Hinsicht hingegen ist eine einseitige Beschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers zulässig. Eine Entlassung wegen bestimmten Gründen kann vertraglich ausgeschlossen werden. Möglich ist auch die Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers auf näher umschriebene Gründe. Das Arbeitsvertragsrecht lässt für den Ausbau des Kündigungsschutzes durch GAV somit einen grossen Spielraum offen. Ob sich die Hoffnun-

1 Triponez, S. 139, spricht sich für die Zulässigkeit derartiger Abreden aus. Sein Hinweis auf Schweingruber, N. 5 zu Art. 336 OR, geht allerdings fehl. Es handelt sich bei den dort angeführten Beispielen sowohl um zeitliche als auch um sachliche Kündigungsbeschränkungen.

gen in die Fortentwicklung des Kündigungsschutzes durch die GAV aber auch verwirklicht haben, wird im folgenden Teil untersucht.

4. Teil: Rechtstatsachen

A. Zweck der Erhebung

Ziel der Untersuchung ist zunächst die Erfassung möglichst vieler Kündigungsbeschränkungen in schweizerischen GAV. Die Verbreitung solcher kollektiver Regelungen ist dabei nach Wirtschaftszweigen und Branchen geordnet darzustellen. Im besonderen sind auch die für allgemeinverbindlich erklärten GAV darauf zu untersuchen, ob sie Kündigungsbeschränkungen enthalten.

Anschliessend ist zu prüfen, ob und inwiefern die erfassten Kündigungsbeschränkungen der GAV von der gesetzlichen Regelung des zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutzes abweichen. Weitergehende Kündigungsbeschränkungen sind schliesslich auf ihre Zulässigkeit und Verbindlichkeit hin zu untersuchen.

B. Untersuchungsgegenstand

1. Formen und Typen der Gesamtarbeitsverträge

Entsprechend den Parteien des GAV unterscheidet man zwischen Verbandsverträgen (1) und Firmen-, Werk- oder Hausverträgen (2). In bezug auf den örtlichen Geltungsbereich sind Landesverträge sowie kantonale, regionale und lokale GAV auseinanderzuhalten. Inhaltlich können GAV als ausgebaute Verträge eine umfassende Berufsordnung aufstellen oder sich als Mantel- oder Rahmenverträge auf bestimmte Positionen beschränken. Weiter bestehen Teilabkommen über einzelne Sachgebiete (3)

1 Vgl. zu den verschiedenen Formen und Typen: Schweingruber / Bigler, Vorbemerkungen S. 21 ff.

Bei den Verbandsverträgen bilden die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände die Vertragsparteien. Diese GAV werden deshalb auch als zweiseitig - korporative Verträge bezeichnet.

2 GAV zwischen Gewerkschaften sowie einzelnen Arbeitgebern.

3 Teuerungszulagen, Schlechtwetterentschädigung im Baugewerbe.

sowie Friedensabkommen, bei welchen die Friedenspflicht als schuldrechtliche Verpflichtung der beteiligten Verbände im Vordergrund steht.

2. Die Verbreitung der Gesamtarbeitsverträge

Eine genaue Statistik über die zahlenmässige Verbreitung der GAV in der Schweiz existiert nicht (1). Aufgrund der Erhebungen des BIGA im Jahre 1971 (2) sowie von Furrer (3) ergeben sich folgende Zahlen über die GAV in der Schweiz:

	<u>Ende 1971</u>	<u>Mitte 1977</u>
Landesverträge	111	107 (4)
Landesteilverträge	53	30
Kantonale Verträge	261	259
Lokale Verträge (5)	189	133
Firmenverträge (6)	775	806
GAV in der Schweiz	1'089	1'335

Die Zahl der GAV war in der Nachkriegszeit stets angewachsen und erreichte 1960 mit 1'667 erfassten GAV einen Höchststand (7). Der danach erfolgte Rückgang kann teilweise dadurch erklärt werden, dass in verschiedenen wichtigen Wirtschaftszweigen Landesverträge anstelle der zahlreichen Kantons- und Ortsverträge abgeschlossen wurden. Eine stark rückläufige Tendenz ist auch bei der Allgemeinverbindlich-

1 Ueber die Gründe vgl. unten C.

2 Die GAV in der Schweiz, Ende 1971, in: Volkswirtschaft 1972, S. 5f.

3 Marie - Thérèse Furrer, Die relative Friedenspflicht in schweizerischen GAV, Bern 1977 (Maschinenschrift), S. 14. Vgl. zu dieser Erhebung auch: Edwin Schweingruber, die Verbreitung der absoluten Friedenspflicht - Zahlen, in: GR 1979, S. 127 f.

4 Furrer erfasste bei den Landesverträgen auch Firmenverträge, welche für das ganze Gebiet der Schweiz von Bedeutung sind.

5 GAV, welche eine oder mehrere Ortschaften betreffen.

6 GAV, welche eine oder mehrere Firmen betreffen.

7 Schweingruber / Bigler, Vorbemerkungen S. 24.

erklärung von GAV festzustellen. Am 31. Dezember 1980 standen lediglich neun vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärte GAV in Kraft (1).

3. Beschränkung der Untersuchung auf die Landesverträge

Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die Landesverträge. Ihnen waren Ende 1980 annähernd eine Million Arbeitnehmer unterstellt. Demgegenüber erfassen die zahlreichen Firmen- und Werkverträge oft nur wenige Arbeitnehmer. Zudem ist es möglich, die Landesverträge mehr oder weniger vollständig zu erfassen, während verschiedene Firmenverträge mit oft beschränktem Vertragsinhalt ein verborgenes Dasein fristen (2).

C. Untersuchungsmethode

Die in dieser Erhebung erfassten GAV stammen aus Sammlungen des BIGA, Abteilung Sozialstatistik und Abteilung für Arbeitnehmerschutz und Arbeitsrecht, verschiedener Gewerkschaften und des Zentralverbandes Schweizerischer Arbeitgeber - Organisationen. Eine vollständige, offizielle Sammlung der GAV existiert nicht, denn bundesrechtlich besteht kein Registrierzwang für GAV. Einzelne Kantone haben für ihren örtlichen Geltungsbereich eine Einsendungspflicht zuhanden der kantonalen Einigungsämter aufgestellt (3). Die angeführten inoffiziellen Sammlungen können

-
- 1 Die Allgemeinverbindlicherklärung wird vom Bundesrat angeordnet, wenn sich der Geltungsbereich des GAV auf das Gebiet mehrerer Kantone erstreckt (Art. 7 Abs. 1 des BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV vom 28. September 1956; AS 1956, 1543). Am 1. Juli 1980 standen neben den vom Bundesrat angeordneten noch 13 von kantonalen Behörden für allgemeinverbindlich erklärte GAV in Kraft (Volkswirtschaft 1980, S. 635).
 - 2 Edwin Schweingruber, Friedenspflicht und Konflikterledigung aufgrund der GAV in der Schweiz, Zürich 1979, S. 9ff.
 - 3 So die Kantone Zürich, Basel - Stadt und Neuenburg. Vgl. für den Kanton Zürich § 41 des Gesetzes über das kantonale Einigungsamt vom 16. Mai 1943 (Zürcher Gesetzessammlung, Band 3, S. 3 ff.).

deshalb keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Bei den nicht registrierten GAV dürfte es sich indessen meist um Firmen- oder Werkverträge von untergeordneter Bedeutung handeln.

Als Stichtag der Erhebung wurde der 31. Dezember 1980 ausgewählt.

D. Ergebnisse

1. Uebersicht

Es konnten insgesamt 69 am 31. Dezember 1980 in Kraft stehende Landesverträge erfasst werden (1). Die Differenz von über 30 GAV zur Erhebung im Jahre 1977 (2) erklärt sich grösstenteils dadurch, dass Furrer auch wichtige Firmenverträge mit Bedeutung für das gesamte Gebiet der Schweiz unter die Landesverträge einreichte (3).

14 der erfassten GAV, mithin 20,2% aller Landesverträge, erwähnen keine Beschränkungen des Kündigungsrechts. Acht Verträge (11,6% der Landesverträge) verweisen auf die Regelung des OR, während 15 weitere GAV (21,7% der Landesverträge) die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen teilweise oder ganz wiederholen. 53,5% der Landesverträge weichen somit nicht von der gesetzlichen Regelung des Kündigungsschutzes ab.

Die restlichen 32 GAV regeln eine weitergehende Beschränkung des Kündigungsrechts von Arbeitgeber oder Arbeitnehmer. 20 GAV (29% der Landesverträge) erweitern lediglich die Kündigungsverbote zur Unzeit, sieben Verträge (10,2% der Landesverträge) enthalten weiter-

-
- 1 Die erfassten GAV sind, gegliedert nach Wirtschaftszweigen, im Anhang II aufgeführt.
 - 2 Oben B2.
 - 3 Als Beispiele für derartige GAV: GAV über die Anstellungsbedingungen des Verkaufspersonals mit der COOP Schweiz; Rahmenvertrag über die Anstellungsbedingungen des Verkaufspersonals mit dem Migros - Genossenschaftsbund. Da es sich bei diesen Vereinbarungen nicht um Verbandsverträge handelt, wurden sie bei der vorliegenden Erhebung nicht berücksichtigt.

gehende sachliche Kündigungsbeschränkungen. In fünf GAV (7,3% der Landesverträge) ist der Kündigungsschutz sachlich und zeitlich über die gesetzliche Ordnung hinaus erweitert.

Gegliedert nach Wirtschafts- und Erwerbszweigen ergibt sich folgende Uebersicht:

Übersicht: Kündigungsbeschränkungen in schweizerischen GAV

Wirtschaftszweige	Ohne KB(*)	KB wie OR	zeitliche	Weitergehende KB: sachliche	zeitliche +sachliche	Total
Gartenbau	-	1	-	-	-	1
Steinbrüche, Gruben	-	-	1	-	-	1
Nahrungsmittel	1	1	2	1	2	7
Getränkeindustrie	1	-	-	1	-	2
Tabakindustrie	-	1	-	-	-	1
Textilindustrie	-	3	-	-	-	3
Bekleidungsindustrie	3	1	-	1	-	5
Holz und Möbel	-	1	5	-	-	6
Papierindustrie	1	1	-	1	-	3
Graphisches Gewerbe	-	-	-	-	2	2
Lederindustrie	-	1	-	1	-	2
Industrie der Steine und Erden	1	-	3	-	-	4
Metall- und Maschi- nenindustrie	1	5	-	-	-	6
Uhrenindustrie	-	-	-	2	-	2
Uebrigcs verarbei- tendes Gewerbe	-	1	2	-	-	3
Baugewerbe	2	1	6	-	-	9
Handel	1	1	1	-	-	3
Banken, Versicherungen	1	1	-	-	-	2
Gastgewerbe	-	-	-	-	1	1
Gesundheitswesen	-	1	-	-	-	1
Beratung, kommer- zielle Dienste	1	-	-	-	-	1
Reparaturgewerbe	-	2	-	-	-	2
Uebrige Dienst- leistungen	1	1	-	-	-	2
Total	14	23	20	7	5	69

* KB für Kündigungsbeschränkungen

Von den erfassten GAV sind neun Verträge (entsprechend 13% aller Landesverträge) vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt worden (1). Während drei dieser GAV keine weitergehenden Kündigungsbeschränkungen enthalten, erweitern sechs Verträge die Kündigungsverbote zur Unzeit. Die entsprechenden Bestimmungen wurden mit einer Ausnahme (2) für allgemeinverbindlich erklärt. Ein GAV stellt ausserdem weitere sachliche Kündigungsbeschränkungen auf, welche ebenfalls für allgemeinverbindlich erklärt wurden und somit für alle Beschäftigten dieses Berufszweiges Geltung haben.

2. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen in Gesamtarbeitsverträgen

a) Verlängerung gesetzlicher Sperrfristen

Von den insgesamt 25 GAV mit weitergehenden zeitlichen Kündigungsbeschränkungen verlängern 22 Verträge die Sperrfristen bei Krankheit oder Unfall sowie zwei Verträge die Sperrfrist bei Niederkunft einer Arbeitnehmerin. Am verbreitetsten ist ein Kündigungsverbot während der Zeitdauer, in welcher dem Arbeitnehmer Ansprüche gegenüber einer Unfall- oder Krankenversicherung zustehen (3). Insbesondere in GAV des Baugewerbes und der Holz- und Möbelindustrie findet sich häufig folgende Kündigungsbeschränkung:

"Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist ausgeschlossen, solange dem Arbeitnehmer Taggeldleistungen der obligatorischen Unfallversicherung oder der Krankenversicherung zustehen" (4).

-
- 1 Die am 31. Dezember 1980 in Kraft stehenden für allgemeinverbindlich erklärten GAV sind im Anhang III angeführt.
 - 2 Nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde Art. 29.4 des GAV für die schweizerische Engros - Möbelindustrie. Gemäss dieser Bestimmung darf ein Arbeitnehmer nicht entlassen werden, solange ihm ein Anspruch auf Auszahlung eines Taggeldes wegen schwerer Erkrankung oder Unfall zusteht.
 - 3 Insgesamt findet sich in 14 GAV eine solche Bestimmung.
 - 4 Art. 35.4. des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe; Art. 7.4. des GAV für die schweizerische Parkettindustrie.

Zwei GAV dehnen die Sperrfrist nach unverschuldetem Betriebsunfall bis auf 12 Monate aus (1), andere GAV verlängern die Sperrfrist nach unverschuldeter Krankheit oder unverschuldetem Unfall bis zu 12 Wochen (2). Die erweiterten Sperrfristen bei der Niederkunft einer Arbeitnehmerin betragen zehn oder zwölf Wochen (3).

Der erweiterte Kündigungsschutz ist grösstenteils nur zugunsten des Arbeitnehmers aufgestellt. Lediglich zwei GAV sehen eine paritätische Ausgestaltung der über die Regelung des OR hinausgehenden zeitlichen Kündigungsbeschränkungen vor (4).

b) Einführung weiterer zeitlicher Kündigungsverbote

In drei GAV wird für einen weiteren Tatbestand eine Sperrfrist mit einem Kündigungsverbot aufgestellt:

"Der Arbeitgeber darf nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen: während der Ferien des Arbeitnehmers und während zehn Tagen unmittelbar vorher" (5).

Zwei dieser Landesverträge haben den Kündigungsschutz nicht nur paritätisch ausgestaltet, sondern zugunsten des Arbeitgebers nochmals erweitert. So bestimmt der GAV für das schweizerische Konditorei- und Confiseurgewerbe:

"Der Arbeitnehmer darf nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen

a) während seiner Ferien und während zehn Tagen unmittelbar vorher;

-
- 1 Art. 3 Abs. 3 des GAV zwischen dem Verband Schweizerischer Käseexporteure und dem VHTL; Art. 5 Abs. 2 lit. b des GAV der schweizerischen Schokoladeindustrie.
 - 2 Insgesamt 12 GAV.
 - 3 Art. 5 Abs. 2 lit. c des GAV für die schweizerische Schokoladeindustrie; Art. 3 des GAV für den Buchhandel.
 - 4 Art. 21 des GAV für das Innendekorationsgewerbe; Art. 13 des Landes - GAV des Gastgewerbes.
 - 5 Art. 5 Abs. 1 lit. c des GAV für das schweizerische Bäcker- und Konditorengewerbe; Art. 5.1. lit. c des GAV für das schweizerische Konditorei- und Confiseurgewerbe. Eine ähnliche Regelung findet sich in Art. 11 Ziff. 1.3. des Landes - GAV des Gastgewerbes.

- b) während der Ferien des Arbeitgebers und während zehn Tagen unmittelbar vorher, wenn er die Arbeit des Arbeitgebers zu verrichten hat" (1).

Das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers ist gemäss diesen GAV nicht nur während der Ferien des Arbeitgebers, sondern zusätzlich auch während seiner eigenen Ferien beschränkt.

3. Sachliche Kündigungsbeschränkungen in Gesamtarbeitsverträgen

Häufigste sachliche Kündigungsbeschränkung ist das Verbot der Kündigung wegen Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder wegen gewerkschaftlicher Betätigung. Neben ausdrücklich formulierten Kündigungs-
verboten wie

"Der Arbeitgeber darf nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, weil der Arbeitnehmer einem vertragsschliessenden Verband angehört. Eine solche Kündigung ist nichtig" (2).

finden sich auch allgemeinere Formulierungen, welche indessen eine entsprechende sachliche Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers enthalten (3). Alle neun Verbote, wegen Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation zu kündigen, sind einseitig zugunsten des Arbeitnehmers ausgestaltet. Drei weitere GAV verbieten dem Arbeitgeber eine Kündigung wegen Geltendmachung vertraglicher oder gesetzlicher Rechte durch den Arbeitnehmer (4). Schliesslich bestimmt der GAV für die schweizerische Papierindustrie, dass der Kündigung eine schriftliche Verwarnung voran-

-
- 1 Art. 5 lit. a und b. Eine ähnliche Bestimmung enthält Art. 13 Ziff. 1.2. des Landes - GAV des Gastgewerbes.
 - 2 Art. 5.1. lit. b des GAV für das schweizerische Konditorei- und Confiseurgewerbe; Art. 5 Abs. 1 lit. b des schweizerischen Bäcker- und Konditorengewerbes.
 - 3 So dürfen gemäss Art. 3 Abs. 5 der Vereinbarung zwischen dem SMUV und der Arbeitgeber - Konvention der schweizerischen Uhrenindustrie keine Massnahmen gegen einen Arbeitnehmer getroffen werden, weil er einer Gewerkschaft angehört.
 - 4 Art. 5 Abs. 1 lit. a des GAV für das schweizerische Bäcker- und Konditorengewerbe; Art. 5.1. lit. a des GAV für das schweizerische Konditorei- und Confiseurgewerbe; Art. 23 Ziff. 5 des GAV für das Obstverwertungsgewerbe.

zugehen habe, wenn der Kündigungsgrund in den Leistungen oder im Verhalten des Arbeitnehmers liege (1).

Keine sachliche Kündigungsbeschränkung stellt das in zahlreichen GAV aufgestellte Erfordernis der Schriftlichkeit für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar. Es handelt sich dabei um eine blosse Formvorschrift, welche das Kündigungsrecht selbst nicht beschränkt. Dies gilt auch für die häufig anzutreffenden Vorschriften, bei Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen (2) seien vorgängig die Betriebskommissionen zu informieren oder die Verbandsorgane anzuhören. Derartige Bestimmungen in GAV dienen zweifellos der Verhinderung und Abwehr von Kollektiventlassungen aus wirtschaftlichen Gründen. Solange es sich indessen um Sollvorschriften handelt, deren Verletzung keine Rechtsfolgen nach sich zieht, bewirken diese Regelungen keinen effektiven Bestandesschutz.

4. Kündigungsbeschränkungen in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber verbieten vier der neun vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärten GAV, solange dem Arbeitnehmer Taggeldleistungen der obligatorischen Unfallversicherung oder der Krankenversicherung zustehen (3). Daneben enthält lediglich noch der Landes - GAV des Gastgewerbes Kündigungsbeschränkungen. In zeitlicher Hinsicht besteht ein Kündigungsverbot während der Dauer der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach unverschuldeter Krankheit oder Unfall des Arbeitnehmers sowie während der vertraglichen Ferien des Arbeitnehmers (4). Allgemeinverbindlich

1 Art. 2 Abs. 4.

2 Insbesondere bei Rationalisierungsmassnahmen.

3 Art. 35.4. des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe; Art. 16.3. des Rahmenvertrages für das Maler- und Gipsergewerbe; Art. 8 Ziff. 8.2. des GAV für das Marmor- und Granitgewerbe; Art. 33 Abs. 4 des GAV für das Schreinergewerbe. Art. 29.4. des GAV für die schweizerische Engros - Möbelindustrie, mit entsprechendem Inhalt, wurde nicht für allgemeinverbindlich erklärt.

4 Art. 11 Ziff. 1.1. und 1.3.

erklärt wurde auch das Kündigungsverbot für den Arbeitnehmer während der eigenen Ferien sowie der Ferien des Arbeitgebers (1). Ein sachlicher Kündigungsschutz besteht für den Arbeitnehmer vor Kündigungen wegen öffentlich - rechtlicher Verpflichtungen und wegen Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation (2).

E. Rechtliche Beurteilung der erfassten Kündigungsbeschränkungen

Die in den untersuchten GAV enthaltenen Kündigungsbeschränkungen, welche die gesetzliche Regelung der Art. 336 e bis g OR erweitern, sind im folgenden auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen. Die Prüfung stützt sich auf die im vorangehenden Teil gewonnenen Erkenntnisse, inwieweit das zwingende Gesetzesrecht Raum für vertragliche Kündigungsbeschränkungen lässt.

1. Rechtliche Beurteilung der zeitlichen Kündigungsbeschränkungen

a) Verlängerung gesetzlicher Sperrfristen

Weitergehende zeitliche Kündigungsbeschränkungen sind stets zulässig, wenn sie paritätisch zugunsten beider Parteien ausgestaltet sind. Eine einseitige Verlängerung der Sperrfristen für die vier vom Gesetz erfassten Anwendungsfälle Militärdienst / Zivilschutzdienst, Krankheit / Unfall, Niederkunft einer Arbeitnehmerin und Hilfsaktion im Ausland verstösst gegen Art. 336 e und f OR in Verbindung mit Art. 361 OR und ist nichtig (3).

Zweifellos zulässig sind somit jene Verlängerungen der Sperrfristen bei unverschuldeter Krankheit oder Unfall, welche gleicher-

1 Art. 13 Ziff. 1.2.

2 Art. 12.

3 Vgl. oben 3. Teil D3.

massen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber Gültigkeit haben (1). Nichtig ist hingegen eine einseitige Verlängerung der Sperrfrist für den Fall der Niederkunft einer Arbeitnehmerin, wie dies in zwei GAV vorgesehen ist (2). Angesichts der entgegengesetzten Interessenlage hätten die an den GAV beteiligten Verbände den Kündigungsschutz auch auf die Niederkunft einer Vorgesetzten der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeberin selbst ausdehnen müssen.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit einseitiger Kündigungsverbote zur Unzeit besteht für die in 14 GAV enthaltene Vorschrift, wonach eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber solange ausgeschlossen ist, als dem Arbeitnehmer Taggeldleistungen der obligatorischen Unfallversicherung oder der Krankenversicherung zustehen (3). Zwar bewirkt auch diese Bestimmung eine einseitige Verlängerung der Sperrfrist beim gesetzlich geregelten Tatbestand Krankheit / Unfall. In diesem konkreten Anwendungsfall ist indessen eine paritätische Kündigungsbeschränkung überhaupt nicht denkbar. Die Taggeldleistungen der Unfall- oder Krankenversicherungen gelten die Lohnfortzahlungspflichten der Arbeitgeber nach Art. 324 a und b OR ab. Mit der erwähnten Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers soll in erster Linie verhindert werden, dass die vereinbarten Leistungen bei Krankheit oder Unfall umgangen werden (4). Eine analoge Schutzbestimmung zugunsten des Arbeitgebers ist nicht möglich, da ihm bei eigener Krankheit oder Unfall keine Ansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer zustehen. Zu Recht wurden deshalb in fünf GAV derartige Vorschriften vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt (5).

-
- 1 Eine solche Regelung enthalten Art. 20 und 21 des GAV für das Innendekorationsgewerbe sowie Art. 11 und 13 Ziff. 1.1. des Landes - GAV des Gastgewerbes.
 - 2 Art. 5 Abs. 2 lit. c des GAV für die schweizerische Schokoladeindustrie; Art. 3 des GAV für den Buchhandel.
 - 3 Vgl. die oben, D2a, zitierte GAV - Bestimmung.
 - 4 So ausdrücklich Art. 55 des GAV für Arbeitnehmer im schweizerischen Buchdruckgewerbe.
 - 5 Vgl. oben D4.

b) Einführung weiterer zeitlicher Kündigungsverbote

Die Einführung weiterer Kündigungsverbote zur Unzeit zugunsten nur einer Partei wird durch das Fristenparitätsgebot verhindert. Eine derartige Kündigungsbeschränkung in einem GAV ist indessen nicht nützlich. Entsprechend der Rechtsfolge von Art. 336 Abs. 2 OR wird ein einseitiges Kündigungsverbot für einen von Art. 336 e und f OR nicht erfassten Anwendungsfall von Gesetzes wegen auf beide Parteien ausgedehnt (1).

Der im GAV für das schweizerische Bäcker- und Konditoren-gewerbe enthaltene Kündigungsschutz des Arbeitnehmers während seiner Ferien sowie zehn Tagen unmittelbar vorher wird aus diesen Gründen von Gesetzes wegen auch auf den Arbeitgeber ausgedehnt. Der Arbeitnehmer darf nach Ablauf der Probezeit zehn Tage vor und während der Ferien des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis ebenfalls nicht kündigen. Dies gilt indessen nur während einer der Feriendauer des Arbeitnehmers entsprechenden Frist (2).

Zwei weitere GAV haben den zeitlichen Kündigungsschutz während der Ferien der Vertragsparteien zugunsten des Arbeitgebers nochmals erweitert (3). Für den Arbeitgeber besteht gemäss diesen Verträgen ein Kündigungsverbot während der Ferien des Arbeitnehmers. Dem Arbeitnehmer ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht nur während der Ferien des Arbeitgebers, sondern ausserdem während seiner eigenen Ferien untersagt (4). Entsprechend der Rechtsfolge des Fristenparitätsgebots besteht für die Beteiligten dieser beiden GAV ein Kündigungsverbot während der eigenen Ferien sowie während der Ferien des Vertragspartners. Dies gilt auch für die Regelung im für allgemeinverbindlich erklärten Landes - GAV des Gastgewerbes.

1 Vgl. oben 3. Teil D3.

2 So ausdrücklich Art. 13 Ziff. 1.2. des Landes - GAV des Gastgewerbes.

3 Vgl. oben D2b.

4 Art. 5 lit. a und b des GAV für das schweizerische Konditorei- und Confisierergewerbe; Art. 13 Ziff. 1.2. des Landes - GAV des Gastgewerbes.

2. Rechtliche Beurteilung der sachlichen Kündigungsbeschränkungen

Das geltende Arbeitsvertragsrecht lässt in sachlicher Hinsicht eine einseitige Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers zu. Eine Entlassung wegen bestimmter Gründe kann vertraglich ausgeschlossen werden. Möglich ist gar die Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers auf näher umschriebene Gründe (1).

Die in neun GAV vorgefundenen Verbote, einen Arbeitnehmer wegen Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation oder wegen gewerkschaftlicher Betätigung zu entlassen, sind zweifellos zulässig. Dasselbe gilt für jene drei GAV - Bestimmungen, welche dem Arbeitgeber eine Kündigung untersagen wegen Geltendmachung vertraglicher oder gesetzlicher Rechte durch den Arbeitnehmer. Gesetzeskonform ist ebenso ein GAV, nach dem einer Entlassung eine schriftliche Verwarnung voranzugehen hat, wenn der Grund der Kündigung in den Leistungen oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegt.

Unzulässig ist andererseits jede Einschränkung der Regelung des Art. 336 g OR (2). Art. 16 Abs. 8 der Normativen Bestimmungen zum Landes - GAV für das schweizerische Carosseriegewerbe sieht vor, dass die Entschädigung nach einer unzulässigen Kündigung wegen Militärdienst von der Paritätischen Landeskommision des Carosseriegewerbes festgesetzt wird. Der Anspruch ist gemäss dem GAV deshalb entweder durch Betreibung oder durch Klageerhebung bei der Paritätischen Landeskommision geltend zu machen. Ein solcher Ausschluss des ordentlichen Richters verstösst gegen Art. 336 g OR in Verbindung mit Art. 361 OR und ist nichtig. Art. 336 g Abs. 3 OR stellt die Festsetzung der Entschädigung ausdrücklich in das Ermessen des Richters und ordnet die Berücksichtigung des Einzelfalles an. Diese Regelung wurde vom Gesetzgeber im Interesse beider Parteien für zwingend erklärt.

1 Vgl. oben 3. Teil E3.

2 Vgl. oben 3. Teil E.

5. Teil: Schlussfolgerungen für die Formulierung von Kündigungs-
beschränkungen in Gesamtarbeitsverträgen

A. Vorbemerkungen

Mehr als die Hälfte der erfassten GAV bewirken keinen über das gesetzliche Minimum hinausgehenden Schutz des Arbeitnehmers vor unzeitiger oder ungerechtfertigter Entlassung. Dafür bestehen zwei hauptsächliche Gründe: Einerseits lehnen die Arbeitgeber eine Ausdehnung des Kündigungsschutzes meist kompromisslos ab. Andererseits stand in den Jahren der Hochkonjunktur auch für die Arbeitnehmer die Frage des Kündigungsschutzes nicht im Vordergrund; Diskussionspunkte bildeten damals vielmehr Realloohnerhöhungen, Teuerungszulagen, Ausbau von Sozialleistungen und Ferienregelungen. In den vergangenen zwei, drei Jahren haben die Gewerkschaften ihre Bemühungen um einen Ausbau des Kündigungsschutzes nun aber verstärkt. Neben einer Gesetzes- oder Verfassungsrevision (1) wird auch die Fortentwicklung durch kollektive Vereinbarungen in Betracht gezogen.

Mit den nachstehenden Schlussfolgerungen über die Formulierung von Kündigungsbeschränkungen in künftigen GAV wird keinesfalls die Entwicklung eines Modells für einen zeitgemässen und wirkungsvollen Kündigungsschutz beabsichtigt. Dies würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Gestützt auf die im dritten und vierten Teil gewonnenen Resultate soll aber aufgezeigt werden, wie mögliche Kündigungsbeschränkungen in GAV zu gestalten sind.

B. Zeitliche Kündigungsbeschränkungen

Zeitliche Kündigungsbeschränkungen sind in GAV stets paritätisch zu formulieren. Dabei ist folgender Ordnung für die einzelnen

1 Vgl. dazu oben 2. Teil E.

Kündigungsverbote der Vorzug zu geben. Zunächst sind die einzelnen Sperrfristen aufzuzählen, während denen der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf. Im Interesse der Rechtssicherheit und zur allseitigen Klarheit ist die Regelung des Art. 336 e Abs. 2 und 3 OR über die Folgen einer während oder vor der Sperrfrist ausgesprochenen Kündigung zu wiederholen. Anzufügen bleibt sodann in Anlehnung an Art. 336 f Abs. 1 OR folgende Vorschrift:

"Ebenso darf der Arbeitnehmer nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, wenn ein Vorgesetzter oder der Arbeitgeber selbst unter den in den vorstehenden Bestimmungen angeführten Voraussetzungen an der Ausübung der Tätigkeit verhindert ist und der Arbeitnehmer diese Tätigkeit während der Verhinderung zu übernehmen hat."

1. Verlängerung gesetzlicher Sperrfristen

Die Kündigungsverbote während Militär- und Zivildienst sowie während einer von Bundesbehörden angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland sind von untergeordneter Bedeutung im Zusammenhang mit einer Verlängerung der gesetzlichen Sperrfristen. Im Fall von Krankheit oder Unfall ist eine Sicherung der dem Arbeitnehmer zustehenden Versicherungsleistungen dringend notwendig. Dabei kann die in zahlreichen GAV enthaltene Bestimmung (1) verwendet werden:

"Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist ausgeschlossen, solange dem Arbeitnehmer Taggeldleistungen der obligatorischen Unfallversicherung oder der Krankenversicherung zustehen."

Wünschenswert ist im weiteren die allgemeine Ausdehnung der Sperrfrist bei einer durch Krankheit oder Unfall verursachten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, beispielsweise auf sechs Monate oder generell auf die ganze Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Erforderlich ist ebenfalls eine Verlängerung der Sperrfrist bei der Niederkunft einer Arbeitnehmerin. Dies vermag zwar die Benachteiligung der Frau im Berufsleben in keiner Weise aufzuheben. Dennoch gewährt eine solche Erweiterung der gesetzlichen Regelung der Arbeitnehmerin einen verstärkten Schutz während der Schwangerschaft und nach der Geburt des Kindes:

1 Vgl. oben 4. Teil D2a.

"Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

- während der Schwangerschaft und während sechs Monaten nach der Niederkunft der Arbeitnehmerin."

2. Einführung weiterer zeitlicher Kündigungsverbote

Bei der Einführung weiterer Kündigungsverbote zur Unzeit ist im besonderen an die Ferien des Arbeitnehmers zu denken. Während deren Dauer besteht ein Bedürfnis des Arbeitnehmers nach erhöhtem Schutz vor einer Entlassung. Nicht einzusehen ist indessen, wieso der Arbeitgeber ausserdem ein besonderes Schutzinteresse während der Ferien des Vertragspartners haben sollte, wie dies ein GAV voraussetzt (1). Vorgesprochen wird folgende Bestimmung:

"Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

- während der Ferien des Arbeitnehmers sowie während zwei Wochen unmittelbar zuvor."

C. Sachliche Kündigungsbeschränkungen

Jede sachliche Kündigungsbeschränkung steht und fällt mit der Kenntnis des Betroffenen über die wirklichen Kündigungsgründe. Wichtigstes Postulat bildet daher die Verankerung einer Begründungspflicht für jede Kündigung des Arbeitsverhältnisses. An einen wirkungsvollen Ausbau des Kündigungsschutzes ohne grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Bekanntgabe der Gründe für die Entlassung ist nicht zu denken. Es wird dabei nicht verkannt, dass bereits heute in zahlreichen Fällen andere Gründe für die Rechtfertigung einer Kündigung vorgeschoben werden. Wenn der Arbeitgeber in einem Anfechtungsfall den von ihm angeführten Kündigungsgrund beweisen muss, wird ein Tarnen des eigentlichen Kündigungsgrundes indessen erschwert. Den sachlichen Kündigungsbeschränkungen ist aus diesen Gründen in jedem GAV eine Bestimmung mit folgendem Inhalt voranzustellen:

1 Vgl. die Regelung in Art. 13 Ziff. 1.2. des Landes - GAV des Gastgewerbes.

"Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Angabe des Kündigungsgrundes."

1. Einzelne Kündigungsverbote

Ein GAV kann das Kündigungsrecht des Arbeitgebers durch einzelne Kündigungsverbote einschränken oder generell das Kündigungsrecht an bestimmte Gründe und Umstände knüpfen. Bei der Aufnahme einzelner Kündigungsverbote ist in erster Linie an das aus dem Koalitionsrecht hergeleitete Verbot der Entlassung wegen Gewerkschaftszugehörigkeit oder gewerkschaftlicher Betätigung zu denken. Von Bedeutung ist ebenso das in verschiedenen GAV vorgefundene Verbot, einen Arbeitnehmer zu entlassen, weil er gesetzliche oder vertragliche Rechte geltend macht. Eine entsprechende Vorschrift in einem GAV könnte wie folgt lauten:

"Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

- wegen Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einer Berufsorganisation;
- wegen gewerkschaftlicher Betätigung des Arbeitnehmers;
- wegen Geltendmachung gesetzlicher oder vertraglicher Rechte durch den Arbeitnehmer.

Eine Kündigung aus einem dieser Gründe ist nichtig."

Im weiteren kann das Aussprechen einer ausdrücklichen Verwarnung als Voraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung vorgesehen werden:

"Liegt der Kündigungsgrund in den Leistungen oder im Verhalten eines Arbeitnehmers, so hat der Entlassung eine schriftliche Verwarnung voranzugehen. Andernfalls ist die Kündigung nichtig."

Gesetzlichen Schutz gegen missbräuchliche Kündigungen bietet das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB (1). Jede Kündigung muss sachlich einwandfrei sein und darf nicht ohne schützenswerte Interessen oder zweckwidrig ausgesprochen werden.

1 Vgl. oben 2. Teil C2b.

Es besteht indessen eine beträchtliche Unsicherheit über die Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung. Zudem wenden die schweizerischen Gerichte das Verbot des Rechtsmissbrauchs kaum auf Fälle missbräuchlicher Kündigungen von Arbeitsverhältnissen an (1). Es erscheint deshalb sinnvoll, durch Vorschriften in GAV das Verbot missbräuchlicher Kündigungen ausdrücklich zu bestätigen und mit einer klar formulierten Rechtsfolgeordnung zu vervollständigen. Dabei kann eine derartige Generalklausel durch das Aufführen verschiedener Fälle missbräuchlicher Kündigungen konkretisiert werden. Statt Beispielen ist auf die zahlreichen im 2. Teil wiedergegebenen Fallgruppen und Tatbestände zu verweisen (2).

In GAV ist auch ein Schutz vor Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen vorzusehen. Um wirtschaftliche Gründe handelt es sich nicht nur im Falle eines allgemeinen Wirtschafts- oder Produktionsrückgangs, sondern auch bei strukturellen Änderungen im Betrieb (3) oder bei der Einführung neuer Techniken (4). Ein solcher Schutz wird in erster Linie durch Präventivmassnahmen sowie Informations- und Konsultationsrechte zugunsten der Arbeitnehmer und Gewerkschaften und weniger durch Kündigungsbeschränkungen gewährleistet.

2. Beschränkung des Kündigungsrechts auf gewisse Gründe

Es ist schliesslich auch zulässig, durch kollektive Regelungen das Kündigungsrecht des Arbeitgebers an das Vorliegen triftiger Gründe zu knüpfen. Erst bei einem solchen Schutz des Arbeitnehmers vor ungerechtfertigter Entlassung kann von einem wirksamen Kündigungsschutz die Rede sein. Ein GAV kann somit, in Anlehnung an die Empfehlung der Internationalen Arbeitskonferenz von 1963 betreffend die Beendigung des

1 Vgl. oben 2. Teil D.

2 Oben 2. Teil C2b. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Eingabe des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes an den Bundesrat vom 18. März 1980 (GR 1980, S. 120 f.) sowie den Minderheitsantrag Welter anlässlich der parlamentarischen Beratungen im Jahre 1969 (Sten. Bull. NR 1969, 831).

3 Rationalisierungsmassnahmen.

4 Computer, Mikroprozessoren.

Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (1), Vorschriften aufstellen, wonach die Entlassung eines Arbeitnehmers nur dann zulässig ist, wenn sie personen-, verhaltens- oder betriebsbedingt ist. Für die Formulierung einer solchen Kündigungsbeschränkung kann beispielsweise die Umschreibung einer sozial ungerechtfertigten Kündigung im deutschen Kündigungsschutzgesetz (2) herangezogen werden. Eine GAV - Bestimmung könnte demnach lauten:

"Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist nach Ablauf der Probezeit nur zulässig, wenn sie

- durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen,
- oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen,

bedingt ist."

Eine solche Kündigungsbeschränkung ist im Interesse der Rechtssicherheit mit einer Bestimmung über die Rechtsfolgen bei der Vornahme einer unzulässigen Kündigung des Arbeitgebers zu ergänzen. Darin kann eine unzulässige Entlassung für nichtig erklärt oder ein Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers begründet werden. Im weiteren ist eine Einsprachefrist sowie der weitere Verfahrensablauf zu umschreiben.

D. Schlussbemerkung

Die Fortentwicklung des Kündigungsschutzes allein durch GAV kann nicht genügen. Die nicht für allgemeinverbindlich erklärten GAV erfassen nicht alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber des betreffenden Wirtschaftszweigs. Dies fällt umso schwerer ins Gewicht, als der Or-

1 Empfehlung Nr. 119 der Internationalen Arbeitskonferenz 1963 (BB1. 1964 I 88 ff.), welcher die Schweiz zugestimmt hat (BB1. 1964 I 65 ff.). Vgl. dazu oben 4. Teil Elb.

2 Vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1 des Kündigungsschutzgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 10. August 1951 in der Fassung vom 25. August 1969.

organisationsgrad der Arbeitnehmer in der Schweiz lediglich knapp 40 Prozent beträgt (1). Im weiteren sind die Regelungen der GAV das Resultat des momentanen Kräfteverhältnisses zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden. Es besteht die Möglichkeit, kollektive Vereinbarungen innert ein oder zwei Jahren durch Kündigung aufzulösen; die in langjährigen Verhandlungen errungenen Kündigungsbeschränkungen in den GAV können ersatzlos dahinfallen. Erforderlich ist deshalb ein paralleler Ausbau des Kündigungsschutzes durch GAV sowie durch gesetzgeberische Schritte. Nur mit einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung kann für alle Arbeitnehmer ein einheitlicher und verbindlicher Kündigungsschutz verwirklicht werden (2).

-
- 1 Aufgrund der Ergebnisse der Volkszählung errechnete der Schweizerische Gewerkschaftsbund für das Jahr 1974 einen Organisationsgrad von 31 Prozent (Heinz Anderegg, Die schweizerischen Gewerkschaftsverbände im Jahr 1978, in: GR 1979, S. 193 - 202). Seither sind in den Gewerkschaften rund 50'000 Arbeitnehmer mehr zusammengeschlossen.

Ende 1978 wiesen die Arbeitnehmerorganisationen folgende Mitgliederbestände auf: Schweizerischer Gewerkschaftsbund: 463'073; Föderativverband des Personals öffentlicher Verwaltungen und Betriebe: 159'112; Vereinigung schweizerischer Angestelltenverbände: 146'298; Weitere Gewerkschaften: 159'414; Christlichnationaler Gewerkschaftsbund: 101'146. Unter Berücksichtigung von Doppelmitgliedschaften waren zu diesem Zeitpunkt somit rund 900'000 Arbeitnehmer organisiert.

- 2 Es bleibt zu hoffen, dass sich die Gewerkschaften nunmehr gemeinsam für einen Ausbau des Kündigungsschutzes sowohl durch GAV als auch durch gesetzliche Regelungen einsetzen. In den vergangenen Jahren gingen die Arbeitnehmerorganisationen diese Ziele meist im Alleingang an. So lehnte es beispielsweise der Vorstand des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes ab, die Kündigungsschutz - Initiative des Christlichnationalen Gewerkschaftsbundes zu unterstützen (NZZ vom 10. November 1980; vgl. auch Rita Schwarzer, Der Wettlauf ist wichtiger als das Ziel, in: Schweizerische Wirtschaftsrevue Bilanz 1981, S. 17 - 19).

Zusammenfassung

1. Die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes in der Schweiz ist ungenügend.
2. Das geltende Arbeitsvertragsrecht lässt verschiedene Möglichkeiten zu, den Kündigungsschutz im Interesse des Arbeitnehmers durch Regelungen in GAV auszubauen.
3. Die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen des OR können durch paritätische Verlängerung der gesetzlichen Sperrfristen sowie durch die Einführung weiterer Kündigungsverbote zur Unzeit ergänzt werden.
4. Sachliche Kündigungsbeschränkungen können einseitig zugunsten des Arbeitnehmers geregelt werden. Durch kollektive Vereinbarungen kann die Entlassung aus bestimmten Gründen ausgeschlossen werden. Zulässig ist auch die Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers auf bestimmte, im GAV näher umschriebene Gründe.
5. Mehr als die Hälfte aller Verbandsverträge, deren Geltungsbereich sich auf das Landesgebiet erstreckt, enthalten keine Abweichungen von der gesetzlichen Regelung des Kündigungsschutzes. Bei den weitergehenden Kündigungsbeschränkungen in den GAV handelt es sich vorwiegend um zeitliche Beschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers. Nur 7,3 Prozent der Landesverträge sehen einen erweiterten sachlichen und zeitlichen Kündigungsschutz vor.
6. Parallel zur Fortentwicklung durch GAV ist ein Ausbau des Kündigungsschutzes auf gesetzgeberischem Wege erforderlich.

Anhang I

Materialien

Vorentwurf Germann / Hug für ein BG über den Arbeitsschutz, Januar 1948.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend einen BB über die Beschränkung der Kündigung von Anstellungsverhältnissen bei Militärdienst vom 4. Juni 1948 (BB1.1948 II. 657 - 669).

Bereinigter Entwurf Germann / Hug für ein BG über den Arbeitsschutz, März 1949.

Vorentwurf für ein Arbeitsgesetz aufgrund der Beratungen der Kleinen Expertenkommission und der Eidgenössischen Fabrikkommission, mit einführendem Bericht des BIGA, Dezember 1950.

Protokolle der neun Sitzungen der Grossen Expertenkommission zur Revision des Dienstvertragsrechts.

Protokolle der vier Sitzungen der Kleinen Expertenkommission zur Revision des Dienstvertragsrechts.

Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechts im OR vom 30. September 1963.

Bericht zum Vorentwurf vom 30. September 1963, ausgearbeitet vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement.

Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf vom 30. September 1963, Februar 1966.

Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines BG über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des OR (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967 (BB1. 1967 II 241 ff.).

Protokolle der 13 Sitzungen der Kommission des Nationalrats zur Beratung des bundesrätlichen Entwurfs.

Protokolle der fünf Sitzungen der Kommission des Ständerats zur Beratung des bundesrätlichen Entwurfs.

Amtliches stenografisches Bulletin der Beratungen von National- und Ständerat zur Revision des Dienstvertragsrechts in den Jahren 1969 - 1971.

(Weitere Materialien in den Anmerkungen).

Anhang II

Zusammenstellung der erfassten Gesamtarbeitsverträge

(Landesverträge, Stand 31. Dezember 1980)

Gartenbau

GAV für das Gärtnergewerbe vom 1. März 1978

Steinbrüche, Gruben

GAV für das schweizerische Marmor- und Granitgewerbe vom 1. Januar 1976
(Ausgabe 1979)

Nahrungsmittel

GAV für das schweizerische Metzgereigewerbe (Ausgabe Januar 1978)

GAV für das schweizerische Bäcker- und Konditorengewerbe (gültig ab
1. Januar 1977)

GAV für das schweizerische Konditorei- und Confiseurgewerbe (gültig ab
1. Januar 1977)

GAV zwischen dem Verband Schweizerischer Käseexporteure und dem VHTL
vom 1. Januar 1979

GAV zwischen dem Verband Schweizerischer Teigwarenfabrikanten und dem
VHTL (Fassung vom 27. November 1978)

GAV für die schweizerische Konservenindustrie (Ausgabe 1979 / 1980)

GAV für die schweizerische Schokoladeindustrie vom 1. Oktober 1978

Getränkeindustrie

GAV für das Obstverwertungsgewerbe vom 1. Januar 1974

GAV zwischen dem Verband Schweizerischer Brauereien und dem VHTL
(Fassung 1979)

Tabakindustrie

GAV für die Tabakindustrie (gültig ab 1. Januar 1979)

Textilindustrie

GAV für Betriebe der Baumwollindustrie vom 31. Dezember 1976

GAV für die schweizerische Leinenindustrie vom 1. Januar 1978

GAV für die schweizerische Textilveredlungs - Industrie vom 1. Juli 1980

Bekleidungsindustrie

GAV der schweizerischen Bekleidungsindustrie vom 1. April 1979

GAV für die Damen-, Knabenkleider- und Wäscheschneidereien (Ausgabe
Januar 1973)

GAV für das schweizerische Schneiderhandwerk (gültig ab 1. Januar 1979)

GAV für die schweizerische Schuhindustrie (Ausgabe 1975)

GAV für das schweizerische Schuhmacher- und Orthopädieschuhmacher - Gewerbe (Ausgabe 1980)

Holz und Möbel

GAV für die schweizerische Holzindustrie vom 1. Januar 1977

GAV für die schweizerische Parkettindustrie (Fassung vom 7. Januar 1977)

GAV für die Holzwarenfabrikation und das Drechslergewerbe der Schweiz (Ausgabe 1980 / 1981)

GAV für die schweizerische Engros - Möbelindustrie vom 16. Januar 1979

GAV für das Innendekorationsgewerbe (Ausgabe 1980)

GAV für das Schreinergewerbe (Ausgabe 1980 / 1981)

Papierindustrie

GAV 1979 für die schweizerische Papierindustrie

GAV für die schweizerische Kartonageindustrie (Ausgabe 1977 - 1980)

GAV für das Buchbindergewerbe (Ausgabe 1976 / 1980)

Graphisches Gewerbe

GAV für Arbeitnehmer im schweizerischen Buchdruckgewerbe (Ausgabe 1977)

Berufsordnung für das Lithographiegewerbe und verwandte Berufe der Schweiz (Ausgabe 1978)

Lederindustrie

GAV für die schweizerische Reiseartikel- und Lederwaren - Industrie vom 1. Januar 1978

GAV 1980 für das schweizerische Innenausstattungs- und Sattlergewerbe

Industrie der Steine und Erden

Gesamtarbeitsvertragliche Vereinbarung für das schweizerische Bildhauer- und Grabmalgewerbe vom 1. April 1978

GAV für die schweizerische Cementwaren - Industrie (Fassung 1980)

GAV für die schweizerischen Ziegeleien vom 1. Januar 1979

GAV für die schweizerische Keramische Industrie (gültig ab 1. Januar 1979)

Metall- und Maschinenindustrie

Vereinbarung vom 19. Juli 1978, abgeschlossen zwischen dem ASM und dem SMUV

GAV der schweizerischen Präzisionsschrauben- und Decolletage - Industrie (Fassung 1980)

Landes - GAV der Schweizerischen Metall - Union zwischen dem Arbeitgeberverband und den Gewerkschaften (Vertragsperiode 1980 - 1983)

GAV des schweizerischen Spenglerei- und Sanitären Installationsgewerbes vom 1. Januar 1973

GAV des schweizerischen Heizungs- und Lüftungsgewerbes vom 1. Juli 1973

GAV des schweizerischen Elektroinstallationsgewerbes vom 1. Januar 1980

Uhrenindustrie

Vereinbarung vom 1. Oktober 1980 zwischen dem SMUV und der Arbeitgeber - Konvention der schweizerischen Uhrenindustrie

Uebrigtes verarbeitendes Gewerbe

GAV für die Klavierbranche vom 2. November 1972

GAV für das schweizerische Orgelbaugewerbe (Fassung 1979)

GAV der schweizerischen Bürsten- und Pinselindustrie vom 1. Januar 1973 (Fassung 1980)

Baugewerbe

Landesmantelvertrag 1977 - 1981 für das schweizerische Hoch- und Tiefbau-, Zimmer-, Steinhauer- und Steinbruchgewerbe sowie die Sand- und Kiesgewinnung

GAV für das schweizerische Bohrgewerbe 1977 - 1981

GAV für das schweizerische Deckenisoliergewerbe vom 16. März 1977

GAV für das schweizerische Hafner- und Plattenlegergewerbe vom 24. Juni 1977

Zusatzvereinbarung zum Lohn tariff für das Parkettlegergewerbe der Schweiz (Fassung 1980)

Rahmenvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe vom 1. April 1979

Vereinbarung über die berufliche Weiterbildung im Maler- und Gipsergewerbe vom 31. März 1977

GAV über die Arbeitsbedingungen im schweizerischen Dachdeckergewerbe (Ausgabe 1. Januar 1974)

GAV für das kaufmännische Personal im Baugewerbe 1974 - 1978

Handel

Abkommen über die Arbeitsbedingungen der kaufmännischen sowie technischen Angestellten sowie Kaderkräfte in der Textilindustrie (gültig ab 1. April 1974)

GAV für den Buchhandel vom 24. Juni 1979

GAV zwischen dem Schweizerischen Drogistenverband und dem Schweizerischen Verband Angestellter Drogisten (gültig ab 1. August 1974)

Banken, Versicherungen

Vereinbarung für das schweizerische Bankpersonal vom 25. September 1978

Vereinbarung zwischen dem Schweizerischen Versicherungsverband und dem Schweizerischen Kaufmännischen Verband (gültig ab 1. Januar 1976)

Gastgewerbe

Landes - GAV des Gastgewerbes vom 6. April 1976

Gesundheitswesen

GAV für die Zahntechnischen Laboratorien der Schweiz vom 6. Mai 1977

Beratung, kommerzielle Dienste

GAV für technische und kaufmännische Angestellte in Architektur-, Ingenieur- und Planungsbüros vom 31. Mai 1978

Reparaturgewerbe

Landes - GAV für das schweizerische Carosseriegewerbe vom 1. Januar 1979

GAV für das Autogewerbe vom 1. Januar 1979

Uebrige Dienstleistungen

GAV für das schweizerische Coiffeurgewerbe (gültig ab 22. Juli 1980)

GAV für die Seeleute vom 19. November 1979

Anhang III

Zusammenstellung der vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge

(Stand 31. Dezember 1980)

Bergbau

GAV für das Marmor- und Granitgewerbe (gültig bis 31. Dezember 1983, veröffentlicht in BBl. 1977 I 1116 sowie die Aenderungen in BBl. 1979 I 370 und 1980 I 1331)

Holz und Möbel

GAV für die schweizerische Engros - Möbelindustrie (gültig bis 31. Dezember 1981, veröffentlicht in BBl. 1979 II 14 sowie die Aenderungen in BBl. 1980 II 773)

GAV für das Schreinerergewerbe (gültig bis 31. Dezember 1982, veröffentlicht in BBl. 1980 II 858)

Papierindustrie

GAV für die Kartonageindustrie (gültig bis 31. Dezember 1980, veröffentlicht in BBl. 1978 I 1661 sowie die Aenderungen in BBl. 1979 II 25)

Baugewerbe

Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (gültig bis 31. Dezember 1981, veröffentlicht in BBl. 1978 I 701 sowie die Aenderungen in BBl. 1979 I 1268 und 1980 II 84)

GAV für das Maler- und Gipsergewerbe (gültig bis 31. Dezember 1981, veröffentlicht in BBl. 1977 I 1116 sowie die Aenderungen in BBl. 1979 I 370 und 1980 I 1331)

Vereinbarung über die berufliche Weiterbildung im Maler- und Gipsergewerbe (gültig bis 31. Dezember 1981, veröffentlicht in BBl. 1977 II 1509)

Gastgewerbe

Landes - GAV des Gastgewerbes (gültig bis 31. Dezember 1980, veröffentlicht in BBl. 1976 III 1276 sowie die Aenderungen in BBl. 1979 III 729)

Uebrige Dienstleistungen

GAV für das Coiffeurgewerbe (gültig bis 31. Dezember 1982, veröffentlicht in BBl. 1980 II 843)

Lebenslauf

1951	am 17. Dezember in Zürich geboren
1971	Matura Typ C
1972 - 1976	Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Zürich und Bern
1976	Lizentiat der Rechtswissenschaft
1977 - 1979	Auditor bei der Bezirksanwaltschaft Zürich, Auditor und Gerichtssekretär am Bezirksgericht Zürich
1979	Rechtsanwalt
1980	Mitarbeiter in Anwaltsbüro
1981	am 27. Mai Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft

